CONCORDANCIAS,

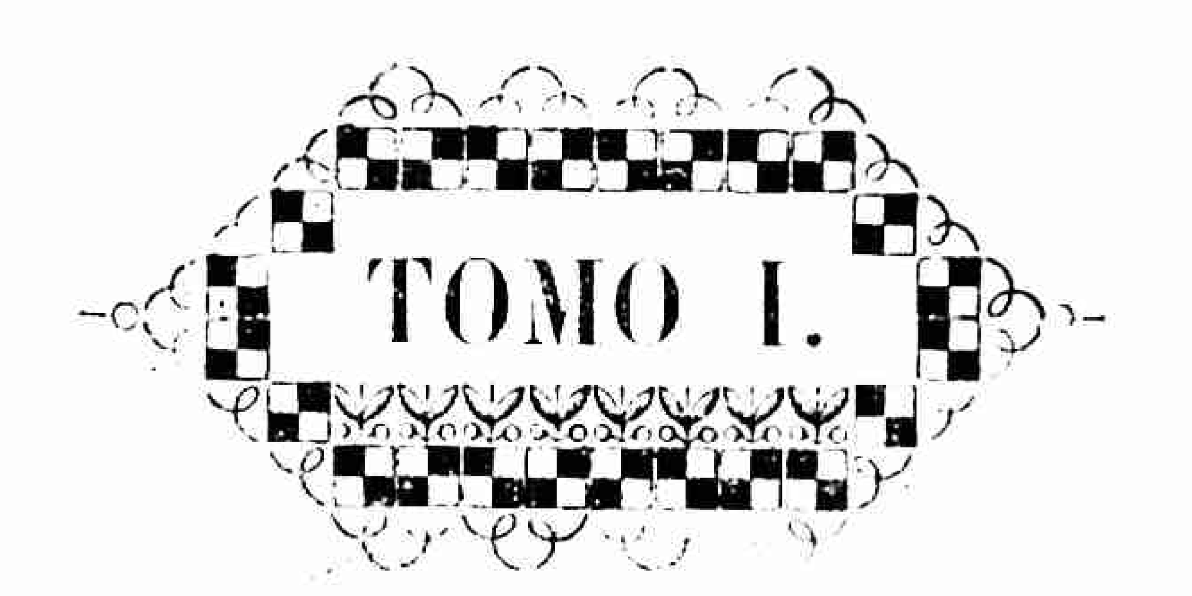
MOTIVOS Y COMENTARIOS

DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Por el Excmo. Sr.

D. Florencio García Goyena,

SENADOR DEL REINO,
MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA,
VICE-PRESIDENTE DE LA COMISION GENERAL DE CÓDIGOS,
Y PRESIDENTE DE LA SECCION DEL CÓDIGO CIVIL.



MADRID: 1852.
Imprenta de la *Sociedad Tipográfico-Editorial*,
A CARGO DE F. ABIENZO,
Calle de Cervantes, número 32.

A S. M. el Rey.

SEÑOR:

Las buenas leyes son el mayor beneficio que los reyes pueden hacer á los pueblos, y el monumento mas imperecedero de su gloria: la de los reyes guerreros pasa con el humo y estruendo de las batallas para no ocupar luego sino una fria página en la historia; la de los reyes legisladores gana en veneracion y brilla con el transcurso de los siglos. La Reina, vuestra augusta esposa (D. L. G.) lleva ya justamente los dulces dictados de la Buena y Generosa, *pero está destinada á llevar tambien el de* Legisladora; *y su gloria bajo este aspecto será la gloria de V. M., como lo fueron de don Fernando 5.º todas las glorias de doña Isabel 1.ª Estos pobres trabajos mios, que tengo la honra de dedicar á V. M., encierran el orígen, historia, motivos y espíritu del que probablemente se denominará* Código Civil de doña Isabel 2.ª: *dígnese V. M. acogerlos con su natural benignidad como una muestra de mi respetuosa y sincera adhesion á su Real Persona, y de mi profunda gratitud por los distinguidos rasgos con que se ha servido manifestarme su Real aprecio.*

Dios guarde y bendiga por largos años la preciosa vida de V. M.: Madrid 27 de diciembre de 1851.

SEÑOR:

A. L. R. P. de V. M.

Florencio Garcia Goyena.

COMISION DE CODIGOS.

Excmo. Señor:

La Seccion del CÓDIGO CIVIL *formada con arreglo al artículo 1.° del real decreto de 11 de setiembre de 1846, se dedicó desde luego á discutir y aprobar cada una de las disposiciones que comprende esta obra. En toda ella ha procurado dirigirse por los principios que acordó la comision general, creada en 19 de agosto de 1843, y suprimida en 31 de julio de 1846; y ha tenido presente las discusiones habidas y los trabajos hechos por los señores don Manuel Cortina, don Manuel Perez Hernandez, don Domingo Ruiz de la Vega, don Manuel Seijas Lozano, don Domingo Vila, don Manuel García Gallardo, don Manuel Ortiz de Zúñiga, don Cirilo Alvarez y don Tomás María Vizmanos. Sin perder de vista estos antecedentes, la actual Seccion compuesta de los que suscriben ha formado el* PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL *que tengo la honra de pasar á manos de V. E. Con esta ocasion creo que tengo el deber de manifestar á V. E., que simultáneamente con el* CÓDIGO *ha formado el señor don Florencio García Goyena una obra que contiene la historia, el exámen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en su aplicacion. Esta interpretacion y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho prévia discusion y con aprobacion de la Seccion.—Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 5 de mayo de 1851.—Excmo. Señor.—Por indisposicion del Sr. Vice-Presidente, Claudio Anton de Luzuriaga.—Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia.*

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA.

REAL ORDEN.

EXCMO. SEÑOR.

He dado cuenta á S. M. la Reina (Q. D. G.) de la comunicacion con que en 8 de mayo próximo pasado me remitió el vice-presidente de la seccion de Código civil este importantísimo trabajo.

Y considerando, 1.º Que no obstante que generalmente se haya limitado la comision á redactar clara y sencillamente, con notables mejoras, las disposiciones dispersas en diversos cuerpos legales nacionales, decidiendo y aclarando muchos puntos oscuros ó controvertibles, y destruyendo los abusos y malas prácticas introducidas en el foro por las vicisitudes de los tiempos, es siempre de suma gravedad y trascendencia toda obra de esta clase, porque sus disposiciones afectan esencialmente las relaciones entre la familia y el órden social, la de las familias mismas y los particulares entre sí, reglando lo tocante á las transacciones y á los derechos é intereses privados de todos.

2.º Que la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no solo en determinados territorios de la monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino tambien hasta en no pocos pueblos pertenecientes á provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla, aumenta considerablemente las dificultades y obstáculos que siempre ofrece la publicacion y ejecucion de todo Código general.

3.º Que por lo mismo es conveniente y necesario que antes de tomar resolucion definitiva, sin perjuicio de que el Gobierno pueda presentar á las Córtes, desde luego, los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia ó que no ofrezcan graves obstáculos y dificultades para su aplicacion general, se discuta préviamente por personas competentes para ello, se ilustre y prepare la opinion, y se reunan y adquieran los datos y conocimientos generales y

locales que sin duda habrá procurado adquirir por su parte la comision, en cuanto le haya sido posible, á fin de que los cuerpos colegisladores y el Gobierno de S. M. puedan apreciar debidamente las disposiciones de dicho proyecto é introducir en él las alteraciones y mejoras de que aún pueda ser susceptible, tanto en la parte esencial y permanente, como para efectuar convenientemente el tránsito de la legislacion provincial ó local á la nueva, en los puntos que lo exija, garantizando cuanto sea dable los derechos adquiridos, como ha procurado hacer con esmerado celo la comision, y el Gobierno desea ardientemente ver realizado, se ha servido mandar S. M.

1.° Que se inserte el testo del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual, titulado *El Derecho Moderno, Revista de Jurisprudencia y Administracion*, bajo las bases convenidas con el propietario, á fin de facilitar su exámen y estudio.

2.° Que se escite el celo de todos los tribunales del fuero comun para que espongan lo que estimen conveniente y hagan las observaciones que su ilustracion les sugiera, acompañando al mismo tiempo las noticias y datos prácticos en que se funden las observaciones.

3.° Que se escite tambien el celo de los demas tribunales especiales; de las autoridades á quienes puede incumbir en alguna manera, porque afecte á las materias propias de sus respectivas atribuciones; de los colegios de abogados del Reino; de las facultades de Jurisprudencia de las universidades y demas personas que puedan ilustrar con sus luces y conocimientos las diversas materias que comprende el Código.

4.° Que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de mi cargo antes del dia 1.° de enero próximo.

Al mismo tiempo se ha dignado la Reina disponer se manifieste á V. E., y por su conducto á todos y cada uno de los individuos de la comision general, y en especial á los de la respectiva seccion que han entendido en la adopcion de las bases y en la redaccion definitiva del Código, que S. M. ha visto con particular satisfaccion las pruebas de celo, inteligencia y laboriosidad que han dado respectivamente en tan importante, complicada y difícil obra; reservándose S. M. recompensar, cual corresponde, á cada uno de dichos individuos el mérito que ha contraido, luego que estén completamente terminados todos los trabajos.

Lo que de real órden digo á V. E. para su inteligencia y efectos consiguientes en la parte que le concierna. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 12 de junio de 1851.—Gonzalez Romero.—Señor Presidente de la comision de Códigos.

PRÓLOGO.

Desde las primeras sesiones de la Comision general de Códigos fue mi costumbre presentar por escrito, no solo mis trabajos propios, sino todas mis observaciones sobre los agenos. En vista de ellas, algunos de mis apreciables compañeros me instaron á que las continuase y ordenase de modo que pudieran formar una obra que atestiguase é ilustrase los trabajos de la Comision. Prestéme á esta lisonjera invitacion y, andando el tiempo, me decidí por dar á la obra el método y estension que hoy tiene. No se me ocultó desde el principio lo vasto y árduo de la empresa en sí misma, y luego toqué las nuevas dificultades que surgian de los cambios y modificaciones del Código en cada una de sus diferentes revisiones. Estuve mas de una vez tentado por abandonar la empresa; pero me dolia tanto trabajo perdido: por otra parte mediaba un compromiso de honor, y mi amor propio se revelaba contra las dificultades: continué, pues, y á fuerza de perseverancia la llevé á cabo tal como la presento.

Al pié de cada artículo obra un epítome ó resúmen de lo que sobre su tenor se halla dispuesto en el Derecho Romano, citando siempre y copiando muchas veces sus leyes; siguen nuestros códigos pátrios desde el Fuero Juzgo, y todos los modernos de mas nombradía; es decir, que á un simple golpe de vista se descubrirá la legislacion, que puede llamarse universal, sobre la materia del artículo, y esto es lo que yo comprendo en la palabra *concordancias*.

Vienen luego los *motivos*. «Porque el saber de las leyes, segun la bella espresion de nuestra ley de Partida, aunque tomada de otra romana, non es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas.» Esta es la parte mas noble y útil del estudio de la legislacion, y frecuentemente se halla enlazada con su historia: sabiendo el orígen, las causas y fines de la ley, en una palabra, su *espíritu*, no ha de ser difícil aplicarla con acierto aun á los casos que á primera vista aparezcan dudosos: en los motivos se descubrirá tambien por qué se ha dado la preferencia á un código sobre los otros, ó nos habemos separado de todos.

Los *comentarios* no son sino consecuencias y aplicaciones del espí-

ritu del artículo: en ellos se notan los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo; se previenen y resuelven, segun el espíritu del mismo, algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la práctica. Sobre esta parte de la obra nada puedo añadir á lo que la Seccion dijo al Gobierno en su oficio de 5 de mayo último. «Esta interpretacion y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho prévia discusion y aprobacion de la Seccion.»

Al fin de cada tomo irán por apéndices algunas memorias sueltas y discursos que leí en la Comision: esto contribuirá, no solo al mayor esclarecimiento de las materias sobre que recaen, sino á hacer conocer la parte histórica y debates porque pasaron en el seno de la Comision las innovaciones y puntos mas importantes del Código.

La publicacion de esta obra contribuirá sin duda alguna para que los tribunales, colegios de abogados y demas corporaciones y personas competentes, hagan con mayor conocimiento y acierto sus observaciones sobre el proyecto del Código Civil, á fin de que se mejore y perfeccione en lo posible.

Aun en el estado actual de nuestra legislacion, no puede ponerse en duda la utilidad de la obra: el Código en su casi totalidad no es sino lo existente, pero con mayor claridad y órden, desembarazado de sus dudas y llenados sus vacíos: las concordancias y el cotejo de los motivos obrarán lo mismo sobre lo existente.

Tambien se echará de ver por las concordancias, que algunas de las que al pronto parecen innovaciones, copiadas de Códigos estrangeros, tales como el *acortamiento de la mayor edad, la patria potestad de la madre en defecto del padre y otras*, no son sino la primitiva y pura legislacion española, consignada en nuestros Fueros antiguos, y alguno de ellos hoy vigente.

Porque conviene que se sepa que una de las principales bases adoptadas por la Comision general, fué «no innovar sino por necesidad, ó evidente utilidad.»

Yo no tengo noticia de obra alguna estrangera que reuna en sí sola los tres objetos y ventajas de la mia: la Francia tiene muchas, oficiales unas, otras privadas, sobre cada uno de los tres objetos: pero esto, ademas de perjudicar á la unidad y claridad, ocasiona pérdida de tiempo y de dinero.

CONCORDANCIAS,

MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

TITULO PRELIMINAR.

De las leyes y sus efectos, y de las reglas generales para su aplicacion.

ARTICULO PRIMERO.

Las leyes solo son obligatorias y surten efecto desde el dia que en ellas mismas se designe; y en su defecto lo surtirán, en la Peninsula á los diez dias siguientes al de su insercion en la Gaceta oficial *del Gobierno; en las Islas Baleares á los veinte, y en las Canarias á los treinta.*

Hasta la última revision del Código el artículo 1.° decia: «Las leyes serán obligatorias desde su promulgacion;» y el 2.° «se estimarán promulgadas las leyes, etc.,» como se lee en el 1.° actual sin mas diferencia que fijar quince dias para la Peninsula, treinta para las Baleares y cincuenta para las Canarias.

Sin embargo el 1.° actual envuelve la máxima ó precepto del anterior suprimido; es decir, la necesidad de la promulgacion, que es de jurisprudencia universal: la insercion en la *Gaceta oficial* equivale á la promulgacion, aunque para surtir todos sus efectos se combina con las distancias.

En esto, uno y otro guardaban conformidad con el primer párrafo del primer artículo del Código civil Francés, 1 Napolitano, 8 Sardo, 4 de la Luisiana, 1 Holandes, 2 Austriaco, 6 Bávaro, 11 Prusiano; y tambien con la Ley 9, título 14, libro 1 del Código y la Recopilada 12, título 2, libro 3.

La definicion de la ley varía segun la Constitucion política de cada Estado: por el artículo 12 de la nuestra la potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey: este, y cada uno de los dos Cuerpos colegisladores tienen la iniciativa de las leyes segun el 35; y, apro-

badas por los dichos Cuerpos, corresponde al Rey la prerogativa de sancionarlas y promulgarlas segun el 44.

La ley, en cuanto á los poderes legislativos de que emana, queda perfecta por la sancion Real; pero la ley se dá para el pueblo, y este no puede quedar obligado á su observancia sin su promulgacion ó publicacion: es necesario que el pueblo sepa, ó pueda saber que la ley existe, y que existe como ley; de aquí la máxima de jurisprudencia universal, *lex non obligat, nisi promulgata*: en resúmen, aunque la promulgacion no haga la ley, esta no surte sus efectos civiles ni penales antes de hacerse aquella; y á esto es consiguiente que las herencias deferidas, los contratos celebrados, y delitos cometidos en el intermedio de la sancion á la promulgacion se rijan por las leyes anteriores, es decir, las entonces vigentes, salva la escepcion del artículo 20 del Código penal (1).

El 1 Francés dice: «La promulgacion (de la ley) hecha por el Rey se reputará conocida en el departamento de la residencia Real, un dia despues del de la promulgacion; y en cada uno de los otros departamentos, despues de haber espirado el mismo plazo, aumentando un dia por cada diez myriametros (18 leguas aproximadamente) que haya entre la ciudad donde se haya hecho la promulgacion y la capital del departamento:» le siguen el 1 Napolitano y 2 Holandes: el 8 y 9 Sardos ordenan que las leyes serán publicadas fijándose ejemplares de ellas en sitios públicos, y que serán ejecutivas en cada ciudad y pueblo del Estado al dia inmediato siguiente de su publicacion: los 4, 5 y 6 de la Luisiana: «Las leyes serán ejecutadas en todas las partes del Estado desde el momento de su promulgacion: el gobernador del Estado las promulga: la promulgacion se reputa conocida, en la parroquia donde resida el Gobierno, tres dias despues del de la promulgacion: en las demas parroquias se añadirá á este plazo un dia mas por cada cuatro leguas que haya entre el lugar en que se ha hecho la promulgacion, y el lugar de las sesiones de la córte (tribunal) de cada parroquia.»

Solemniter perprogrammata propia manifesta faciat (eminentia tua) universis, dice simplemente la Novela 48 sin espresar el modo y solemnidades de la promulgacion: la 66, tratando de intento este punto, tampoco dice mas que, *Constitutiones in metropolitanis in commune fiant, sint manifestæ*; que los presidentes de las provincias las circulen por todas las ciudades; y despues de esta manifestacion ó publicacion señala el término de dos meses para que la Constitucion ó ley comience á obligar.

(1) Advierto que esta y todas las demas citas del Código penal las hago segun su primera edicion por no haberse hecho todavía la definitiva.

La Ley 4, título 2, libro 1 del Fuero Juzgo, solo dice, *lex erit manifesta*; y lo repite la 2, título 6, libro 1 del Fuero Real; la 1.ª, título 1, libro 2 del Fuero Juzgo, señala el tiempo desde que debe comenzar á regir aquel Código.

La 12 recopilada, título 2, libro 3, parece exigir que la publicacion se haga en la córte y demas pueblos por órden, edicto, pregon ó bandos de las justicias ó magistrados públicos.

Por decreto de las Córtes de 5 de junio de 1823, mandado cumplir en otro del Rey y circulado por el Ministerio de Gracia y Justicia en 8 del mismo, *las leyes puramente civiles deben empezar á producir sus efectos en cada provincia desde su publicacion, á no ser que en las mismas se prevenga otra cosa.*

Por la ley de 3 de noviembre de 1837 y real decreto de dicho mes, las leyes obligaban para cada capital de provincia desde su publicacion oficial en ella, y desde cuatro dias despues para los pueblos de la misma provincia; este fué uno de los pensamientos discutidos y desechados al formarse el Código francés, porque la fuerza y aplicacion de las leyes penderia de la voluntad del hombre, del celo, negligencia ó malicia del funcionario.

Sobre la materia de este artículo, ó en qué tiempo deba comenzar la ley á surtir sus efectos por presumirse promulgada y conocida de todos, hay dos sistemas; uno de *progresion*, que consiste en que la ley comience á obligar en proporcion á la mayor ó menor distancia de los lugares: otro de *uniformidad ó simultaneidad*, segun el que la ley obliga á un mismo tiempo en todos.

Las ventajas é inconvenientes de uno y otro sistema están desenvueltos en los discursos números 1, 2 y 3 franceses y con mayor estension en el 2; el Código francés se decidió por el 1.º: en Inglaterra y América se halla adoptado el segundo.

Léase con atencion el citado discurso número 2, y dígase despues imparcialmente si el sistema de *simultaneidad* no es el mas sencillo, el que mas se compadece con la dignidad de la ley, y evita el repugnante contraste de que en una nacion que ha de ser regida por unas mismas leyes, sea crímen aquí lo que á la distancia de una legua, de media, de un solo cuarto de legua, no lo será hasta mañana.

En fin, la Comision se decidió por el sistema *simultáneo*; pero creyó que no debia señalarse el mismo plazo para el continente y para las islas: en tal caso habria sido, ó demasiado largo para el primero, ó demasiado corto para las segundas: toda presuncion ha de acercarse en lo posible á la verdad y á la naturaleza: por lo mismo no debe, ni puede presumirse que la *Gaceta oficial* se reciba en Canarias á los diez dias de su fecha.

La presuncion de que la ley es conocida en los plazos designados por el artículo, será *júris et de jure*, contra la que no debe admitirse prueba de ignorancia ó imposibilidad individual: esto equivaldria á permitir que las leyes fuesen eludidas ó violadas impunemente: *idem est scire, aut scire debuisse aut potuisse*; el legislador no puede hacer mas que dar el plazo y medios suficientes para que sean conocidas de todos: hecho esto, obra de lleno el artículo siguiente.

Pero si por causa de guerra, peste ú otro acaso insuperable estuviesen, por ejemplo, nuestras islas en una absoluta y notoria incomunicacion con el continente, no correria, durante ella, el término ó plazo de este artículo, porque *imposibilium nulla obligatio est*, segun la 185 *de regulis juris*, y las leyes, que se hacen siempre sobre las cosas que acaecen á menudo, ley 36, título 34, Partida 7, no alcanzan, ni pueden alcanzar estos casos, como en otros parecidos lo hallamos resuelto por las leyes 2, párrafos 6 y 7, título 11, libro 2 Digesto y 11, título 7, párrafo 3.

A los diez dias: naturales y sin contar en ellos el de la fecha de la *Gaceta*, segun se espresa en el artículo: la insercion oficial y los plazos dan á la ley su fuerza obligatoria independientemente de todo hecho ulterior de las autoridades subalternas: en algun caso podrá tomarse ocasion de los plazos para defraudar anticipadamente la ley, sobre todo en materias de Hacienda. Pero este inconveniente es inevitable en todo sistema de promulgacion y de gobierno; en el representativo lo es todavía mas, por la publicidad de las discusiones y de la sancion Real: la misma ley podrá atenuarlo, cambiando ó abreviando los plazos. En el artículo no se hace mencion de nuestros presidios de Africa por su cortedad é insignificancia; pero regirá respecto de ellos el término señalado para las Baleares.

ARTICULO 2.°

La ignorancia de las leyes no sirve de escusa.

Conforme al 7 de la Luisiana, 2 Austriaco; el 7 Bávaro dice: «La ignorancia de la ley no puede aprovechar sino en los casos especificados, ó cuando ha habido imposibilidad de conocerla.» Los 11 al 13 Prusianos permiten al juez admitir la escusa de ignorancia en los actos hasta entonces permitidos, si por otra parte no ha habido negligencia en el contraventor: los otros Códigos modernos, incluso el Francés, callan sobre este punto, que tal vez consideren resuelto por su primer artículo.

«*Regula est, juris quidem ignorantiam, cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*» Ley 9, título 6, libro 22 del Digesto; pero,

combinadas la 7 y 8 del mismo título con la 10, título 18, libro 1 del Código, ha resultado una regla adoptada generalmente por los intérpretes del Derecho Romano, *la ignorancia del derecho perjudica para adquirir lucro, no para evitar el daño.*

La regla era cierta en este sentido. Por ignorancia del derecho entregué ya la cosa: no podré repetirla: me obligué á entregarla, pero todavía la poseo; si se me pide, podré defenderme y retenerla: llámase, pues, lucro recuperar lo ya dado ó perdido; y evitar el daño, la conservacion de lo que todavía se posee.

En los mismos títulos citados se ve que la ignorancia del derecho no perjudicaba en ninguno de los dos casos á los militares, menores de edad, rústicos, ni á las mugeres.

Todo lo espuesto pasó á las leyes 21, título 1, Partida 1 y 6, título 14, Partida 3, 29 y 31, título 14, Partida 5 y 20, título 1, Partida 7.

La ley 3, título 1, libro 2 del Fuero Juzgo, dispone lo mismo que nuestro artículo: mas parece hablar de delitos ó leyes prohibitivas, *inlicitum*, *insontem*; fué trasladada á la 4, título 6, libro 1 del Fuero Real, que habla mas claramente de *culpa y pena*, es decir, *delitos*; y las dos pasaron en el mismo sentido á la recopilada 2, título 2, libro 3.

Pero la citada 31, título 14, Partida 5, comprende tambien lo civil y dice: «Tal escusanza non debe valer: ca tenemos que todos los de nuestro señorio deben saber estas leyes.»

Este mismo es el espíritu y sentido de nuestro artículo 2: en este concepto se hallan redactados el 989 y el 1895. Es una consecuencia del artículo anterior: vé lo en él espuesto: nadie puede escusarse con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber, porque á nadie escusa su propia falta.

ARTICULO 3.°

Las leyes no tienen efecto retroactivo.

Es con mas concision el 2 Frances, 2 Napolitano, 1 de Vaud, 11 Sardo, 5 Austriaco, 8 de la Luisiana que añade: «No puede alterar las obligaciones contenidas en los contratos»: el 8 de la Holanda añade tambien: «A menos que se trate de leyes interpretativas, ó de casos especialmente reservados:» segun los 14 al 21 Prusianos, «las leyes interpretativas deben aplicarse á las contestaciones pendientes.»

Concuerda el artículo con la ley 22, título 3, libro 1 del Digesto, y con la 7, título 14, libro 1 del Código, que dice, *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim de præterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*

Concuerda tambien, con la ley 15, título 14, Partida 3, que habla de contratos y delitos, y con la 1, título 5, libro 4 del Fuero Real, que se contrae á delitos y penas.

El artículo 9 de la Constitucion es todavía mas cauto y esplícito en lo criminal, pues niega á la ley el efecto retroactivo, no solo en cuanto á la pena del delito y competencia de juez, sino en cuanto á la forma del proceso ó enjuiciamiento, que es lo que constituye la principal garantía del acusado.

El 20 del Código penal sacrifica la justicia á la filantropía, dando efecto retroactivo á la ley en favor del acusado: los artículos Prusianos arriba citados habian dispuesto lo mismo.

Nuestro artículo no hace la escepcion que la citada ley 7 Romana, pero la envuelve en su espíritu, y lo mismo debe decirse, cuando por la ley posterior no se establece cosa nueva, sino que se interpreta, ó declara otra ley anterior que era dudosa, como se ve en la Novela 19; de consiguiente, la interpretacion ó aclaracion regirá aun en los casos contenciosos; pero no fenecidos por transaccion ó sentencia.

Segun la ley 27, título 32, libro 4 del Código, las leyes que rebajan las usuras ó interés del dinero, tienen efecto retroactivo sobre los contratos anteriores en que se habia estipulado interés mas crecido, de modo que este ha de quedar reducido á la nueva tasa desde la promulgacion de aquellas.

Las leyes recopiladas 22, título 1, 8 y 9, título 15, libro 5, ofrecian ejemplos de esto, bien que en ellas se espresó la *retroaccion* á los préstamos y censos anteriores. En realidad de verdad, lo mejor es espresarlo; pero yo entiendo que está en el espíritu y en la índole de las mismas leyes el efecto retroactivo, porqué de otro modo serian incompletas, y no se lograria su objeto, mediando las mismas razones para lo pasado que para lo futuro: por esto la ley Romana calificó justamente de *prava* la interpretacion de los acreedores que por el silencio de la ley anterior negaban su fuerza retroactiva.

La justicia y equidad del artículo 3 no necesitan encarecerse: la ley, como norma y regla que es de las acciones, no puede tener por objeto sino las acciones futuras: para las pasadas hubo ya otra ley, otra norma y regla. ¿Quién estaria seguro si á pretesto de una nueva ley pudiera ser inquietado por sus acciones anteriores, ajustadas á otra ley, entonces vigente? Lo pasado puede dejar pesares y remordimientos; pero termina toda incertidumbre.

ARTICULO 4.°

La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto.

Tampoco lo surtirá la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra estas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario.

El primer párrafo está conforme con el artículo 937 Austriaco, y el 193 Prusiano, título 5, pate primera.

Para que la renuncia valga ha de saber el renunciante qué es lo que renuncia; y esto no cabe en las renuncias generales, que vendrian á ser un lazo para los incautos ó ignorantes.

El segundo párrafo concuerda con las leyes 17 y 22, título 1, la 1, título 3, y las 6 y 7, título 11, libro 10, Novísima Recopilacion: el simple buen sentido dicta que no cabe renuncia de una prohibicion. Pero como en esto habia tambien sus dudas y distinciones de si la prohibicion tenia por objeto directo la utilidad pública, ó simplemente la de alguna clase ó personas como de menores, mugeres casadas, etc., el artículo las corta, llenando asi los deseos de nuestros mas juiciosos Jurisconsultos.

El tercer párrafo es una consecuencia del segundo, y está apoyado en la ley 5, título 14, libro 1 del Código: *ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est*; sin que valga pactar ó jurar lo contrario: lo mismo se lee en el artículo 12 de la Luisiana.

La obligacion prohibida es nula, aunque sea jurada, capítulo 16, sesion 25 del Concilio de Trento: ve los artículos 983, 994 y 998, y el 11 de este título.

No se dispone lo contrario. Por Derecho Romano habia leyes prohibitivas que señalaban pena sin anular el acto, y á las que el Jurisconsulto Ulpiano llamó por esto menos *perfectas*: de aquí vino el axioma legal, *multa fieri vetantur quæ tamen facta tenent*: segun nuestro artículo, la simple prohibicion induce por regla general la nulidad, salva la disposicion especial de la misma ley prohibitiva en contrario.

ARTICULO 5.°

Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó práctica en contrario, por antiguas y universales que sean.

El 5 Holandés dice: «La ley no puede ser abrogada en todo, ó en

parte sino por una ley posterior:» lo mismo se lee en el 12 Bávaro, capítulo 1: los demas Códigos, incluso el Frances, callan: el artículo 3 de la Luisiana admite espresamente la costumbre.

El Derecho Romano y Pátrio admitieron *la costumbre*, no solo para constituir derecho nuevo sobre cosa en que no lo habia y como regla segura de interpretacion de una ley anterior dudosa, sino para derogar la ya establecida: habia pues costumbre *præter legem, secundum legem, et contra legem*, párrafo 9, título 2, libro 3 Instituciones, ley 42, párrafo 1, título 3, libro 1 del Digesto, y leyes 4 y 6, título 2, Partida 1; pero las recopiladas 3 y 11, título 2, libro 3, derogaron las de Partida estableciendo lo mismo que nuestro artículo.

Conviene á la dignidad del legislador y á la de la misma ley que no pueda ser derogada sino por otra; á mas de que, *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*, segun la 35 de *regulis juris*.

La prueba de la costumbre ha sido y será siempre difícil de fijar: su resultado será equívoco. ¿Cuánto tiempo será necesario para constituirla? ¿Por qué actos, judiciales ó estrajudiciales? Suponiendo necesaria la ciencia y tácita aprobacion del legislador, ¿cómo se probará donde la potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey? ¿Y no podrán probarse dos costumbres contrarias á un mismo tiempo?

La derogacion será *espresa ó especial*, si la ley posterior hace mencion de la anterior; *tácita*, si no la hace, pero contiene disposiciones incompatibles con la misma; y la derogacion no pasará de lo incompatible.

ARTICULO 6.°

Las leyes penales y de policía obligan á todos los que habitan en el territorio del Estado.

El 3 Frances dice: «Las leyes de policía y seguridad:» le sigue, el 3 Napolitano, 12 Sardo, 2 de Vaud, 9 de la Luisiana.

El Derecho Romano se limita á decir, *leges ut generales, ab omnibus aequabiliter in posterum observentur*, ley 3, título 14, libro 1, del Código; la palabra *omnibus* podia comprender tambien á los estranjeros, sobre todo en la materia de este artículo.

La ley 15, título 1, Partida 1, establecia lo mismo que nuestro artículo, pero con mayor amplitud, pues no solo hablaba de yerro (delito), sino de pleito ó postura (contrato); es decir, que aquella ley fué mas previsora, sujetando á las leyes del pais los contratos y delitos de los estranjeros. Pero la 63, título 4, Partida 1, escusa, al menos en algunos casos, la ignorancia del derecho respecto de los estranjeros en lo

penal; y yo creo que el Juez no podrá desentenderse de esta consideracion segun las circunstancias particulares de cada caso, y lo dispuesto en el número 8, artículo 9 del Código penal: algo parecido es el de la ley última, título 9, libro 50 del Digesto, en la que se dice, *hujusmodi pœnas adversus scientes paratas esse*: la 15, título 14, Partida 5, disponia tambien, que en los contratos de estranjeros se juzgase por las leyes de la tierra en que fueron celebrados; y asi deberá observarse á falta de pacto en contrario: lo mismo se dispone en los artículos 9 Holandés, y 5 Napolitano.

En lugar de la palabra *seguridad*, usada en los Códigos estranjeros, se ha puesto en el artículo la de *penales*, porque á la mayor latitud reune mayor propiedad.

¿Es, ó no, cierto que el Código penal rige para con los estranjeros, sin perjuicio de los fueros de los agentes diplomáticos, y salvas para con todos las escepciones que puedan hacerse en los tratados, como en el nuestro con Marruecos?

La palabra *seguridad*, como la de *policía*, tiene un significado particular, que no conviene á todas las leyes penales; hay, por ejemplo, en los Códigos, una categoría especial de delitos contra la seguridad esterior ó interior del Estado; y sin embargo, ni el artículo Frances, ni los que lo copian, se contraen precisa y esclusivamente á estos delitos. En el discurso primero frances de los motivos ó fundamentos de las leyes, despues de esponer los del artículo 3, se concluye diciendo: «En todas las naciones los estrangeros que delinquen, son juzgados por los tribunales del pais:» y si el artículo Frances abrazaba todos los delitos, ¿por qué no se dijo *leyes penales* en vez de *leyes de seguridad*?

A todos los que habitan, etc.: porque todos, aun los estranjeros, deben respetar y guardar las mismas leyes que los protegen: el Estado, en cuyo seno pudieran los nacionales ó estranjeros violar impunemente las leyes, abdicaría por esto solo su soberanía, y no podria proveer á su conservacion y seguridad.

ARTICULO 7.º

Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan á los españoles, aunque residan en pais estranjero.

El mismo artículo 3 Frances y demas estranjeros citados en el anterior; en derecho Romano y Patrio nada se encuentra sobre este punto: en cuanto al primero puede decirse que no habia términos hábiles para los casos de este artículo y siguientes; pues que todo el mundo conocido y frecuentado estaba sujeto á un mismo legislador: sin embargo, la disposicion del artículo era máxima ó principio indudable entre nosotros.

Las leyes *personales* no pueden menos de seguir al ciudadano, donde quiera que se encuentre, asi como *las reales* del artículo siguiente rigen los bienes inmuebles sin consideracion ninguna á la naturaleza de su poseedor. La necesidad del consentimiento paterno para el matrimonio, la edad para poder contraerlo, testar, obligarse, están en la disposicion de este artículo, y generalmente todas las leyes en que se trate por punto principal del estado, calidad, capacidad ó incapacidad de las personas para ciertos actos, aunque en aquellas se haga tambien mencion de las cosas. Queda, pues, cortada una cuestion muy reñida entre los autores y, que, atendido el sumo derecho, parece debia decidirse en sentido contrario, porque no puede legislarse para fuera del territorio, y *par in parem non habet potestatem.*

El artículo comprende en su espíritu las ejecutorias judiciales sobre incapacidad de la persona por prodigalidad, locura ó demencia. ¿Quién puede fallar con mas conocimiento y acierto sobre los hechos que constituyen ó destruyen la incapacidad, que el juez del domicilio de la misma persona?

Estado: como el del hijo legítimo ó natural reconocido, mayor ó menor de edad, casado: el estado, en suma, es una calidad personal á la que la ley reconoce ciertos derechos, é impone deberes y restricciones.

ARTICULO 8.°

Los bienes inmuebles, aunque estén poseidos por estranjeros, se rigen por las leyes españolas.

Los artículos estranjeros citados en el 7.

La ley 15, título 14, Partida 3, parece tener, aunque indirectamente, un sentido mas lato. «En razon de alguna cosa mueble, ó raiz de aquel lugar.»

Los bienes inmuebles forman parte del territorio, y el soberano de este no puede menos de serlo de aquellos. La soberanía es indivisible, y dejaria de serlo, si las porciones del mismo territorio pudiesen regirse por leyes que no emanasen de un mismo soberano. Este es un punto de derecho público universal, sobre el que ningun Estado independiente ha hecho, ni hará la menor concesion á otro.

Así se ha observado constantemente entre nosotros, aun entre diferentes provincias ó estados de la monarquía: el Castellano, por ejemplo, no sucedia en los bienes inmuebles de Navarra, sino con arreglo á sus Fueros y legislacion especial: la viuda ó viudo castellano tenian el usufructo foral de ellos.

La disposicion de este artículo comprende tambien el caso de re-

putarse inmuebles en un pais los bienes que segun la legislacion de otro pais sean muebles.

ARTICULO 9.°

Los derechos y obligaciones relativas á bienes muebles, se rigen por las leyes del pais en que su dueño está domiciliado.

En los 28 al 31 Prusianos se dispone lo mismo: «Los muebles son regidos por las leyes del domicilio del propietario, ó por las del lugar en que se encuentran estos muebles, si el propietario tiene varios domicilios:» creo que los otros Códigos han callado por no estimarlo necesario despues de lo dispuesto respecto de los inmuebles.

Este artículo es una consecuencia del anterior, sacada *á contrario sensu*: si los inmuebles por ser naturalmente imposible su traslacion de un lugar á otro, han de regirse por las leyes de aquel en que están sitos, los muebles, por la razon contraria de poder su dueño trasladarlos de un lugar á otro cuando quiera, deben regirse por las leyes del lugar del domicilio: *mobilia*, dicen con elegancia y propiedad los intérpretes, *personam domini comitantur accensentur illic esse quantum ad effectus juris, ubi dominus ipsorum domicilium foret, et si naturaliter alibi constitutas int*: este artículo y el anterior tienen una grande relacion con la competencia del fuero: en los inmuebles es competente el de su situacion, *rei sitæ*; en los muebles, el del domicilio del deudor: véase el artículo 1091.

Difícil seria en sumo y rigoroso derecho sostener la disposicion de este artículo: ¿cómo ha de alcanzar la legislacion de un pais á los bienes, aun muebles, que existan en otro? Pero los Estados, no menos que los particulares, se deben atenciones recíprocas, y está recibido como por un comun consentimiento de todos ellos que los bienes muebles, donde quiera que existan, se gobiernan por las leyes del domicilio de su dueño: así, muriendo intestado un frances allí domiciliado y con bienes muebles en España, se heredará en ellos por las leyes francesas.

ARTICULO 10.

Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del pais en que se hubieren otorgado.

El Código Frances no contiene en su título preliminar una disposicion general como nuestro artículo, y solamente en su artículo 299 se aplica esta doctrina á los testamentos hechos por instrumento auténtico en pais estranjero: en los otros Códigos modernos se observa el mismo silencio general, y la misma disposicion particular.

Solo el artículo 10 de la Luisiana dice lo siguiente: «La forma y el efecto de los instrumentos públicos y privados se rigen por las leyes y usos del pais en que han sido hechos ó autorizados.»

«Sin embargo, el efecto de los instrumentos para ser ejecutados en otro pais se regula por las leyes del pais en que tienen su ejecucion.» La ley 2, título 52, libro 6 del Código, dice de los testamentos, *secundum leges moresque locorum insinuentur:* tambien se citan las leyes 6, título 2, libro 21, y 3 al fin, título 5, libro 22 del Digesto, para probar que aun en los contratos, *actuum solemnia ad eorum jurisdictionem pertinent, in quorum territorrio celebrantur*; y de aquí ha venido la regla ó axioma vulgar *locus regit actum.*

La ley 24, título 11, Partida 4, tratando de capitulaciones matrimoniales, dispone que valgan segun la costumbre de la tierra en que fueron hechas, aunque los contrayentes se trasladen despues á otra tierra en que haya costumbre contraria.

Por el mismo tácito consentimiento de las naciones, que he mencionado al fin del artículo anterior, ha sido erigida en principio la disposicion de nuestro artículo, aun para con los bienes inmuebles: de otro modo seria preciso multiplicar hasta lo infinito los testamentos y contratos, si los testadores y contrayentes disponen de inmuebles sitos en diferentes paises; ¿y quién podria saber sus diferentes legislaciones sobre las solemnidades de aquellos actos?

Pero si un español testa, por ejemplo, en el estranjero con las solemnidades prescritas por las leyes españolas, su testamento será válido; nuestro artículo 11 no es preceptivo, sino permisivo con el objeto de facilitar mas los testamentos y contratos. ¿Qué podria oponer en contra el tribunal español, ante quien fuese presentado? ¿Declararía indigno del beneficio de las leyes españolas al natural que se habia conformado con ellas aun en pais estranjero? Vé el art. 585 y siguientes.

El artículo 50 contiene una escepcion del presente en materia de matrimonio.

Por real decreto de 17 de octubre de 1851 se declaran válidos y que deben causar en los tribunales españoles los efectos que procedan en justicia todos los contratos y demas actos públicos notariados en pais estranjero, concurriendo en ellos las circunstancias siguientes: 1.ª que el asunto, materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España; 2.ª que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las leyes de su pais; 3.ª que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el pais donde se han verificado los actos ó contratos; 4.ª que cuando estos contengan hipoteca de fincas radicantes en España, se haya tomado razon en los respectivos registros del pueblo donde estén situadas

las fincas dentro del término de tres meses si los contratos se hubiesen celebrado en los estados de Europa; de nueve si lo hubieran sido en los de América y de Africa; y de un año si en los de Asia: 5.ª que en el pais del otorgamiento se conceda igual eficacia y validez á los actos y contratos celebrados en territorio de los dominios españoles.

ARTICULO 11.

No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el órden público y las buenas costumbres.

Es el 6 Frances, 7 Napolitano, 13 Sardo, 11 de la Luisiana, 4 de Vaud, 14 Holandes.

«*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, ley 38, título 14, libro 2 del Digesto. *Pacta, quæ turpem causam continent, non sunt observanda. Et in summa, si pactum conventum á re privata remotum sit, non est servandum. De republica, et in omnibus, quæ ad publicam læsionem respiciunt, pacisci non licet*, leyes 27, párrafo 4 y 17, párrafo 14 del mismo título.

«Todo pleito, que es fecho contra nuestra ley, é contra las buenas costumbres, non debe ser guardado; magüer pena ó juramento fuese puesto en él,» ley 28, título 11, Partida 5, que fué tomada de la 5, título 14, libro 1 del Código, y de la 35, título 1, libro 45 del Digesto.

Yo encuentro mas propia la locucion de la citada ley 38 romana. *Jus publicum* que la de *Orden público*, trasladada del artículo 6 Frances á este nuestro.

La romana es mucho mas lata, pues comprende casos que rigorosamente no deberian entenderse comprendidos en la francesa, y sin embargo lo están. En la acepcion vulgar, *órden y sosiego público* son sinónimos; y seguramente no es tan mezquino el sentido del artículo 11, sino que se estiende á todo lo que las leyes romanas comprendian en su locucion. *Derecho público*, es decir, á todo lo que tenia por objeto la utilidad ó moral públicas, la forma y solemnidades de los actos ó instrumentos, y de los juicios.

Y aunque por regla general pueden derogarse por pactos privados, ó renunciarse las leyes que tienen por objeto primario la utilidad de los particulares, no sucede así con las que al mismo tiempo envuelven utilidad pública, y suelen concebirse en términos prohibitorios, como son las relativas á pródigos, menores y mugeres casadas; ve el artículo 4 y los de su referencia.

ARTICULO 12.

El juez que rehuse fallar á pretesto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

Conforme con el 4 Frances, 13 Holandes; el 15 Sardo aunque no tan espreso y severo, parece abundar en el mismo sentido: «Cuando no se pueda decidir una controversia ni por la palabra, ni por el sentido natural de la ley, se tendrá consideracion á los casos semejantes decididos precisamente por las leyes, y á los fundamentos de otras leyes análogas; si á pesar de esto queda dudoso el caso, deberá decidirse segun los principios generales de derecho, tomando en consideracion todas las circunstancias del caso.»

El 7 Austriaco dice lo mismo con mas concision: «Si la ley no es enteramente aplicable á un hecho, el juez toma en consideracion las analogias, los motivos, y en su defecto los principios del derecho natural y las circunstancias:» parece, pues, que estos dos artículos ponen indirectamente al juez la misma obligacion y necesidad que el nuestro, y toda obligacion envuelve responsabilidad para el caso de faltarse á ella.

Las leyes 12 y 13, título 2, libro 1 del Digesto, dicen, que no pudiendo comprender la ley todos los casos, el juez *adsimilia procedere, atque ita jus dicere debes cætera, quæ tendunt ad eamden utilitatem vel interpretatione, vel certa jurisdictione suppleri*: en la 13, título 5, libro 22 del Digesto, hay el bello y filosófico pensamiento, *quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*; lo que se escapó á la prevision del legislador, no se escapará á la religion de los jueces: la 11, título 5, libro 19, dice en el mismo espíritu, *Prætor supplet in eo quod legi deest.*

Estas leyes se acercan bastante á nuestro artículo; pero la 2, párrafo 18, título 17, libro 1 del Código, dispone, que en los casos ó negocios nuevos, *quæ adhuc legum laqueis non sunt innodata, augustum remedium imploretur*; y la 1, título 61, libro 7 del Código, permite al juez consultar al príncipe todo aquello, *super quo haesitandum putaverit*, prohibiéndole en tal caso dar sentencia; la 1, título 14, libro 1 del Código, dice: *Inter aequitatem, jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.*

Segun las leyes 11, títulos 22, y 13, título 23, Partida 3, el juez no pudiendo salir de la duda de derecho, y aun de la de hecho, debia remitir los autos al Rey para que diera la sentencia.

Sin la disposicion de este artículo, la administracion de justicia se veria á cada paso interrumpida por las dudas ó consultas sinceras de

los jueces, y tal vez por las afectadas. Este inconveniente seria de mayor gravedad en gobiernos representativos, como el nuestro, porque la formacion de las leyes y *su interpretacion auténtica* es atribucion de los Cuerpos colegisladores con la Corona, y sujeta por esto mismo á mayores dilaciones.

Las leyes no pueden preveer todos los casos, ni conviene hacer nuevas para todos, y menos con precipitacion. La religion y conciencia ilustrada del juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador para preveerlos.

Es una puerilidad ó locura pretender que el juez tenga un testo claro y preciso para aplicarlo á cada caso: la legislacion seria un caos, y despues de todo no resultaria sino la iniquidad en gran número de sentencias, y lo que todavia es peor, la imposibilidad de administrar justicia; se pretende que los legisladores sean dioses, y no se quiere conceder á los jueces que sean simplemente hombres.

La equidad, tan recomendada en derecho, no es otra cosa que la razon ó justicia natural, y esta debe ser el verdadero suplemento de las leyes espresas.

Responsabilidad: es la pena de suspension segun el artículo 265 del Código penal; y el 2 citado en el mismo viene á ser una escepcion del presente.

La ley orgánica tantas veces prometida por el gobierno, propuesta á este dos veces inútilmente por la Comision de Códigos, fijará con el establecimiento de un Tribunal ó Seccion de Casacion cuando haya lugar á la duda de ley y proceda la necesidad de su interpretacion auténtica.

ARTICULO 13.

Se prohibe á los jueces proveer en los negocios de su competencia, por via de disposicion general y reglamentaria.

Conforme con el 5 Frances, 12 Holandes, 8 Austriaco: el 14 Bávaro por el contrario dice: «Los fallos del Tribunal Supremo tendrán fuerza de ley.» el 17 Sardo niega en general á todo fallo ó sentencia esta fuerza.

Dejando aparte la pueril y liviana enmienda ó supresion de las palabras. «Poder judicial» hecha en la Constitucion reformada de 1845, este artículo es una inmediata ó material aplicacion de lo dispuesto en la misma y en nuestros dos artículos anteriores.

A los tribunales pertenece esclusivamente la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; ni las Cortes, ni el Rey pueden abrogársela sin manifiesta infraccion de la Constitucion; pero tampoco

pueden los tribunales abrogarse en todo, ó en parte el poder legislativo; y resultaria ademas el inconveniente de que en ciertos puntos vendria á haber tantas legislaciones diferentes, como tribunales superiores.

Por la misma razon tampoco les corresponde la interpretacion *por via de autoridad ó auténtica de las leyes*, como que es atribucion innata é inseparable del poder legislativo. Pero, á decir verdad, este artículo copiado del 5 Frances, no era tan necesario entre nosotros como en Francia, cuyos parlamentos tuvieron atribuciones parciales de la Soberanía, y muy superiores á las de nuestro antiguo Consejo de Castilla.

«En cuanto al artículo 5 (se dice en el discurso número 2 frances) es una consecuencia de *la division* de los poderes,» y se ve que entre ellos comprende al judicial sin escrúpulos, remilgos ni sutilezas: ve los artículos 298 y 299 del Código penal.

ARTICULO 14.

Las leyes no reconocen en el órden civil distinciones de nacimientos, ni diferencias de condiciones sociales.

El 1 de la Carta francesa de 9 de agosto de 1830 dice; «Los franceses son iguales ante la ley, cualesquiera que por otra parte sean sus títulos y rangos.»

Nuestro artículo 14 es tambien una consecuencia, ó mas bien una aplicacion en el derecho civil de lo dispuesto para el derecho público y político en los artículos 5 y 6 de la Constitucion; sin embargo, las distinciones de nacimiento ó diferencias por esta causa han subsistido, aun bajo los ministros progresistas, y subsisten las pruebas para cruzarse en las órdenes militares, lo que no se compadece con los artículos constitucionales, ni con este.

ARTICULO 15.

Las fechas y plazos que señalan las leyes se computarán con arreglo al calendario que se publique por órden ó con autorizacion del Gobierno.

Cuando en las leyes se haga mencion de meses, dias ó noches, se entenderá, que los meses son de treinta dias, los dias de veinte y cuatro horas, y la noche desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los dias que se les dé en el calendario.

Las reglas de los párrafos precedentes son aplicables á la computacion de las fechas y plazos que se señalen en las obligaciones y demas

actos, cuando por las personas que en ellos intervengan no se pacte ó declare lo contrario.

Este artículo y el siguiente estaban destinados á un título que se pensó formar á imitacion del Derecho Romano y Patrio sobre la significacion de las palabras y reglas generales del Derecho. El pensamiento, sin embargo del silencio de los Códigos modernos, pareció y habria sido útil, particularmente en cuanto á las reglas, pues las del Derecho Romano son otros tantos axiomas ó aforismos legales, otros tantos puntos culminantes, cada uno de los cuales domina toda una materia: pero se pretendió que yo me encargase de la formacion del título, y me fué imposible complacer por lo sobrecargado que estaba de trabajo.

Quedaron, pues, en este título que, segun se echa de ver, no contiene sino disposiciones generales, que tienen un punto de contacto con todas las leyes.

Por órden ó con autorizacion del Gobierno: el Calendario debe ser un papel oficial, y solo puede serlo y regir como tal, publicándose de órden ó con autorizacion del Gobierno.

Segun los artículos 2054 al 2056 de la Luisiana: «Cuando los términos consisten en meses, ó años, se cuenta por el órden del Calendario.» Segun las leyes 51, párrafo 2, título 2, libro 9, y 134, título 16, libro 50 del Digesto, el año se compone de 365 dias.

Los meses de treinta dias. En este sentido, y para mayor claridad, se ha reducido á dias en el artículo 101 el tiempo que las leyes romanas y patrias contaban por meses en la importante materia de filiacion, dándoles sin embargo el mismo número de treinta dias: vé lo allí espuesto, y ten ademas presente el 1045 y 1046.

La noche desde que se pone el sol, etc. Esto es importante para el Código penal, pues en el número 15 de su artículo 10 se pone entre las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, el *ejecutarlo de noche*, y aquí se define qué deba entenderse por noche.

El artículo corta una cuestion pues, no estando fijado por las leyes el tiempo ó duracion de la noche: opinaron muchos que debian escluirse de ella los crepúsculos, cuando su luz ó reflejo bastaba para distinguir netamente las personas ú objetos; pero esto daria ocasion á nuevas cuestiones de hecho y á pruebas dudosas: en materia criminal las restricciones son equitativas.

Si se determinan por sus nombres: bien los determinen las partes, el testador, ó la ley: en tal caso no puede haber duda ni de la voluntad de los primeros, ni del espíritu de la segunda.

De las fechas y plazos etc.: ve la seccion 4, capítulo 4, título 5, libro 3.

No se pacte ó declare: es regla general en todo acto no prohibido;

la voluntad espresa de los contrayentes ó testador, en una palabra del hombre, es la ley: *nisi si quid nominatim convenit:: hoc servabitur, quod initio convenit legem enim contractus dedit*; ley 23, título 17, libro 50 del Digesto.

ARTICULO 16.

Mientras no se arregle por una ley especial el sistema métrico y monetario del reino, se espresarán en las leyes, actos oficiales y escrituras públicas, el valor de las cosas en reales de vellon de treinta y cuatro maravedises, ó en duros de veinte reales de vellon, y la distancia, capacidad y peso de las mismas en las medidas españolas, determinadas por la antigua ley del Reino que va por nota (1).

Este artículo, por su índole especial, está sujeto á cambios y modificaciones; cuando ocurran, la disposicion se entenderá con arreglo á las leyes nuevas: entretanto no puede prescindirse de una regla general, y no cabia dar otra que la hoy vigente, ó séase la ley recopilada 5, título 9, libro 3.

ARTICULO 17.

Las disposiciones de este Código solo son aplicables á los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales, en cuanto no se opongan á estas leyes.

Esta disposicion general escusa las repeticiones que hacen algunos Códigos modernos al tratar ciertas materias, y que se hacian igualmente en este; pero fueron suprimidas.

Nada mas natural, razonable y hasta necesario que dar la preferencia á los Códigos y leyes especiales, pues precisamente se forman porque no puede conseguirse su objeto por las disposiciones de la ley comun, y lo especial deroga lo general; *in toto jure generi per speciem derogatur etc.*, 80 *de regulis juris:* pero tan natural, razonable y necesario es, que donde cesa la especialidad, el vacío y silencio se llenan y suplen con las disposiciones de la ley comun ó general; y así se ha practicado siempre.

(1) Ley 5.ª, título 9, libro 3 de la Nov. Rec.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO PRIMERO.

De los españoles y estrangeros.

ARTICULO 18.

Son españoles:

1.° *Todas las personas nacidas en los dominios de España.*

2.° *Los hijos de padre ó madre españoles aunque hayan nacido fuera de España.*

3.° *Los estranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.*

4.° *Los que sin ella hayan ganado la vecindad en cualquier pueblo de la monarquia, con arreglo al artículo* 36.

Es el primero del título 1.° de la Constitucion política de 1837, conservado literalmente en la reformada de 1845. En la de 1812 era el 5, pero no tan lato ni esplícito, como se echa de ver por el simple cotejo de nuestro número 2 con el primero de dicho artículo 5. En este se espresaba ademas, que la carta de naturaleza habia de obtenerse de las Córtes; y lo mismo se confirmaba en el 19: la Constitucion de 1837 calló sobre este punto importante, así al tratar de españoles, como al enumerar las facultades del Rey y de las Córtes en los artículos 39, 45 y 46: la de 1812 era conforme á la legislacion foral, cuando menos á la de Navarra, aunque en ciertos casos, y no estando reunidas las Córtes, podia su Miputacion conceder la carta de naturaleza; leyes 1 y 2, título 8, libro 1 de la Novísima Recopilacion Navarra.

En Castilla dió tambien este punto ocasion á repetidas y enérgicas reclamaciones por parte de las Córtes.

La naturaleza, segun la ley 6, título 14, libro 1, Novísima Recopilacion, podia ser *absoluta*, que daba al agraciado capacidad, *como*

si verdaderamente hubiese nacido en España, ó *limitada* al caso y objetos en ella determinados: la nota 5 á dicha ley contiene tres especies de la 2.ª

Para la concesion de la *absoluta*, y de las dos primeras especies de la *limitada*, debia preceder el consentimiento del reino, ó de las ciudades y villas de *voto en Córtes*. El principal empeño y resistencia de estas fué siempre contra las cartas de naturaleza para la obtencion de beneficios eclesiásticos en estos reinos, «de lo que entre otros inconvenientes resultaba (segun la espresion de los Reyes católicos en la ley 1.ª) no haber tantos cardenales de nuestra Nacion en la córte de Roma cerca de nuestro muy Santo Padre, segun que continuamente hasta allí los habia habido, y convenia los hubiera para que mirasen y celasen la honra del Rey:» hoy dia, y en el estado actual del Clero, no son tan temibles las tales cartas de naturaleza.

Así, pues, segun las leyes nacionales, el Rey no podia sin el consentimiento del Reino conceder carta de naturaleza sino para gozar de honras y distinciones, esceptuando todo lo que estaba prohibido por millones; y esta es la que en la tarifa de los servicios por las gracias al sacar se llamaba *naturaleza ordinaria*, contribuyéndose por ella con 400 ducados. Posteriormente, el decreto de las Córtes de 14 de abril de 1838, limitó la prerogativa Real; y sin embargo, el Gobierno ha concedido cartas de naturaleza, segun las que un estranjero, de religion dudosa, se creyó hábil para poder ser Diputado á Córtes, y logró ser elegido, aunque por causas especialísimas no llegó á tomar asiento.

En suma, es todavía cuestionable en Derecho Constitucional, y ageno por lo tanto de un Código civil, si el Rey puede conceder carta de naturaleza; si absoluta para el ejercicio de los derechos políticos y civiles, ó limitada á los segundos.

La Comision habia aprobado esta facultad, aunque solamente para el goce de los derechos civiles, á semejanza del artículo 13 Frances; pero despues lo retiró por no prejuzgar nada en esta delicada cuestion, que es toda de Derecho público y constitucional. El ejemplo que he citado y otros de la misma especie, que podrian citarse, no conducen á la solucion: las infracciones ó usurpaciones son ejemplos de escándalo, no de autoridad: sin embargo, el artículo 21 contiene una escepcion para un caso especial.

Número 1. Segun la ley 7 recopilada, título 14, libro 1. «Aquel se dice natural (español) para tener beneficio eclesiástico, que fuere nacido en estos reinos de padres, que ambos á dos, ó al menos el padre sea asimismo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y demas de esto haya vivido en ellos por tiempo de diez años; con que, si los padres, siendo ambos á dos, ó al menos el padre, nacido

y natural en estos reinos, estando fuera de ellos en servicio nuestro, ó por otro mandado, ó de paso y sin contraer domicilio fuera de estos reinos, hubieren algun hijo fuera de ellos, este tal sea habido por natural de estos reinos; y esto se entienda en los hijos legítimos y naturales, y en los naturales solamente; respecto de los espúreos las calidades mencionadas han de concurrir en la madre.»

La ley siguiente 8 requiere que los hijos de padre español y madre estranjera, nacidos en el estranjero, para gozar de la naturaleza hayan de estar empleados en servicio del Rey, ó venir á establecer su residencia en estos reinos.

Por el cotejo de estas dos leyes con el artículo 18 se echará de ver la mayor y tal vez estremada facilidad que él presta para adquirir la naturaleza; pero asi estaba ya escrito en la Constitucion y era forzoso aceptarla: con una redaccion mas ligera y por números, yo habria adoptado la mayor espresion y juiciosas distinciones de la ley recopilada.

Poco, ó nada, se habla sobre esto en Derecho Romano, cuyo imperio abrazaba todo el mundo conocido; pero habia reglas generales, que por analogía podian aplicarse á esta materia: *Cum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur. Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur-vulgo quæsitus matrem sequitur*; leyes 19 y 24, título 5, libro 1 del Digesto. El artículo es parecido á los 9, 10 y 13 Franceses, aunque no idéntico: paso por alto los otros Códigos.

Nacidas etc.: entiéndase respecto del hijo de estranjero con sujecion á lo que se dispone en los artículos 22 y 23, que no destruyen, sino aclaran y esplican racionalmente el artículo de la Constitucion: de todos modos hay tal vez mas que liberalidad en dar tanto favor á la simple casualidad del nacimiento, mayormente cuando el artículo constitucional comprende los derechos políticos que son los mas nobles y preciosos, mientras no se haga la ley, que se previene al final del mismo.

Número 2: Tambien este número queda sujeto á la disposicion ó aclaracion de los artículos 22 y 23.

Padre ó madre españoles. No bastará que lo hayan sido antes por nacimiento ú otro título; es preciso que conserven esta calidad al tiempo de haber el hijo, aunque en mi concepto bastará que concurra al tiempo de la concepcion, porque *favores sunt ampliandi*, y *qui in útero est, cum de jure seu commodo ipsius agitur, pro jam nato habetur*, leyes 7, título 5, libro 1, 131, título 16, libro 50 del Digesto y 8, título 33, Partida 7.

Una española pierde esta calidad segun el artículo 25 por casar con

estranjero; sus hijos estarán comprendidos en la disposicion del artículo 24, aunque me parece un favor exagerado.

Los hijos: no se hace distincion entre legítimos y naturales reconocidos: aprovecha, pues, el artículo á unos y á otros, aunque el hijo natural sea habido fuera de España por española con estranjero y reconocido por los dos, puesto que la madre no perdió por esto solo su calidad de española: si fué reconocido solamente por el padre estranjero, seguirá necesariamente la condicion de este, porque la madre es ignorada, y está prohibida la investigacion de la maternidad segun el artículo 127: fuera del matrimonio no hay otro sello de la paternidad ó maternidad que el reconocimiento, salvas las escepciones del artículo 131.

Número 3 y 4: vé lo arriba espuesto; y lo que sobre este artículo digo en el 22.

ARTICULO 19.

La calidad de español se pierde, por adquirir naturaleza en pais estranjero y por admitir empleo de otro gobierno sin licencia del Rey. Tambien se pierde por entrar al servicio de las armas de una potencia estranjera sin licencia del Rey.

El primer párrafo es literal del artículo 1.° de la Constitucion, que tácitamente envuelve tambien al segundo: el servicio de las armas es empleo y aun algo mas.

Conforme con los números 1 y 2 del artículo 17, y con el 21 Francés, 34 y 35 Sardos, 20 y 25 Napolitanos, 9 Holandes, números 1 y 2. La ley 2, título 24, Partida 4, pone diez especies de naturaleza; y la siguiente 5, como se puede perderlas; pero apenas hay en las dos mas de un caso análogo á este artículo y á los anteriores.

Naturaleza. No se puede tener á un mismo tiempo dos patrias, y el que se da una nueva, renuncia la primera. Son, pues, incompatibles dos naturalezas, como lo es el estar sujeto omnímoda y simultáneamente á dos soberanos.

Por admitir empleo ó entrar al servicio de las armas etc. En ambos casos se contrae con otro gobierno empeños y obligaciones incompatibles con la subordinacion y fidelidad debidas al de su pais.

La autorizacion del Rey hace desaparecer estos inconvenientes; el que lo pide, reconoce en esto mismo su soberanía, y se sujeta á las consecuencias de la revocacion: si despues de esta continúa en el empleo ó servicio, perderá igualmente la naturaleza.

ARTICULO 20.

El español que hubiere perdido esta calidad por adquirir naturaleza en pais estranjero, podrá recobrarla volviendo al reino y renunciando á la proteccion del pabellon de aquel pais, ante el alcalde del pueblo que escogiere para su domicilio.

Conforme con los 18 y 21 Frances: el 18 requiere, aun en el caso de nuestro artículo, que el Rey autorice la vuelta, porque esta puede ser un medio de turbacion para el Estado y una señal de discordia para las familias: el gobierno puede conocer mejor que ningun otro la vida pasada y las intenciones actuales del naturalizado que regresa. Cierto es que la simple naturalizacion en pais estranjero no parece tan desfavorable como la admision de empleos de otro gobierno, y mucho menos que el servicio militar bajo banderas estranjeras; pero la facilidad del artículo 20 puede graduarse de estremada: la simple declaracion hecha ante un alcalde basta para reintegrar desde el momento en la naturaleza perdida, y ni siquiera se exige fianza de permanecer por cierto tiempo en el pueblo que se escoge por residencia: los fraudes y cálculos sórdidos con los derechos pueden ser frecuentes y peligrosos.

Siguen al 18 y 21 Frances el 21 Napolitano y 39 Sardo, que comprenden todas las causas y casos de la desnaturalizacion; lo mismo el 10 Holandes que exige, ó la entrada con autorizacion del Rey, ó haber establecido su domicilio y conservádolo por seis años, haciendo despues la declaracion de nuestro artículo ante el ayuntamiento.

A pesar de los motivos espuestos y de la autoridad de los Códigos mencionados, la Comision creyó que hay realmente una gran diferencia entre el caso de perder naturaleza por adquirir simplemente otra en pais estranjero, y perderla por admitir empleo, ó entrar en el servicio militar de otro Gobierno.

En el primer caso hay únicamente miras ó motivos inofensivos de interes privado, como un establecimiento comercial ó industrial: en los otros dos va envuelto un propósito claro y directo de servir al nuevo Gobierno contra todo otro, incluso el de su antigua patria: el servicio de un empleado es por lo menos tan importante como el de un soldado raso: parece, pues, justo y político mostrar mayor indulgencia hácia los comprendidos en el primer caso: tal vez á su regreso nos importarán con sus capitales la nueva industria aprendida ó perfeccionada en el estranjero.

Los comprendidos en los otros dos casos habrán de cumplir con la disposicion del artículo siguiente, haya ó no méritos para tratarlos como criminales con arreglo al Código penal.

Los temores de perturbacion en el Estado son quiméricos ó exagerados en el caso á que se contrae nuestro artículo; y de todos modos el Gobierno podrá proveer lo conveniente, pues que el alcalde trasmitirá la declaracion á las autoridades superiores, y estas lo harán al Gobierno.

Aún mas lejanos y frívolos me parecen los temores de discordia en las familias: ó el que regresa obra con arreglo á las leyes, ó contra ellas; y precisamente para este caso han sido hechas las leyes penales y entregado su aplicacion á los tribunales.

ARTICULO 21.

El español que hubiere perdido esta calidad por admitir empleo de otro Gobierno, ó entrar al servicio de las armas de una potencia estranjera sin licencia del Rey, no podrá recobrarla sin obtener préviamente la Real habilitacion.

La Real habilitacion. En el artículo 18 he dicho que es cuestionable si el Rey puede conceder naturaleza, y si *absoluta*, ó *limitada*: aquí parece hacerse una acepcion por la especialidad del caso: la recuperacion de lo perdido, ó la restitucion al antiguo estado no debe dificultarse tanto como la primitiva adquisicion ó concesion: á mas de que los casos de este artículo no serán frecuentes.

Como quiera, falta una ley que bajo este punto de vista fije el uso y estension de la prerogativa en materia de indultos: el Gobierno mandó á la Comision que le presentara con urgencia un proyecto de ley: le fué presentado, y mereció, como casi todos sus proyectos y trabajos, la *indiferencia.*

ARTICULO 22.

Los hijos de un estranjero, nacidos en los dominios españoles, y los hijos de padre ó madre españoles nacidos fuera de España, deberán manifestar dentro del año siguiente á su mayor edad ó emancipacion, si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el artículo 18.

Los que se hallen en el Reino harán esta manifestacion ante el alcalde del pueblo en que residieren; los que residan en el estranjero, ante uno de los agentes consulares ó diplomáticos del Gobierno español; y los que se encuentren en un pais en que el Gobierno no tenga ningun agente, dirigiéndose al Ministro de Estado.

El 9 Frances dispone lo mismo que el nuestro en cuanto á los hijos de estranjero nacidos en Francia, pero no los declara franceses desde su nacimiento: le sigue el 11 Napolitano.

Por el contrario, el artículo 10 Frances declara franceses á los hijos de un frances, nacidos en el estranjero, y por lo mismo no exige de ellos la declaracion que se exige en el 9 de los hijos de un estranjero nacidos en Francia: el artículo 10 ha sido justamente adoptado en los artículos 12 y 13 Napolitanos, 19 y 20 Sardos, 5 de Vaud y 5 Holandes, número 2.

Pero el artículo 1.º de nuestra Constitucion declara tan españoles á los unos como á los otros; y séame permitido decir que no es igual el caso.

El hijo de un estranjero, por mas que nazca *en los dominios de España*, es realmente estranjero: el hijo por jurisprudencia universal, conforme con la razon, sigue la condicion del padre.

El legislador quiso, no obstante, mostrarse liberal con él que por primera vez abrió sus ojos á la luz en nuestros dominios, aunque así aconteciese por casualidad.

Por esta escepcion ó beneficio irregular consignado en nuestro artículo 18 (1.º constitucional), como lo estaba ya en la ley recopilada 3, título 11, libro 6, no podia menos de quedar sujeto á alguna condicion; y era cuando menos preciso que el hijo del estranjero, habiendo llegado á la edad en que libre y legalmente puede manifestar su voluntad, aceptase este beneficio, y se sometiese á las condiciones indispensables para su goce ó ejercicio: *invito beneficium non datur*, segun la 39 de *regulis juris*.

El caso del hijo de padre ó madre españoles nacido en el estrangero, es cabalmente el reverso del anterior; en él no hay escepcion ni beneficio, y no se hace mas que mantener la regla general, segun la que el hijo sigue la condicion del padre. Tan español es, pues, el hijo en este caso, como si hubiera nacido en España de padre ó madre españoles; y no habia necesidad de ocuparse de él, sino dejarlo á las disposiciones generales porque se pierde la naturaleza.

La verdad y fuerza de estas observaciones vienen á reconocerse en el artículo siguiente, donde se les mantiene la naturaleza, mientras no la renuncien espresamente.

La Comision, atada por el artículo 1.º de la Constitucion (18 nuestro), no podia adoptar el lenguaje legal y filosófico de los 9 y 10 Franceses: veamos las consecuencias del artículo 1.º, estando á su testo literal.

Siéntase en él: «Son españoles todas las personas nacidas en los dominios de España.»

Luego la declaracion prevenida aquí habria de recaer sobre que *se desea conservar la calidad de naturales ó españoles*, porque el artículo constitucional la da desde luego, en el acto del nacimiento.

Luego el hijo de un francés, nacido accidentalmente en España, es y sigue siendo natural español hasta la edad prescrita para la declaracion, aunque regrese con su padre á Francia: luego le alcanza de lleno la disposicion de nuestro artículo 7, y para la capacidad de testar, casarse, emanciparse etc., quedará sujeto á las leyes españolas.

Esto sería demasiado chocante y absurdo: los autores de la Constitucion no pudieron quererlo, ni lo quisieron en efecto: quisieron lo legal, lo posible y razonable; á saber, que el hijo del estrangero, cuando llegára á ser *sui juris*, pudiese reclamar el beneficio *escepcional* que para entonces le dispensaban, ateniéndose entretanto á la condicion de su padre, y que por su mera declaracion pasase á ser actual y efectiva la naturaleza, que solo se le daba en aptitud ó capacidad, y condicionalmente.

La íntima conviccion producida por estas incontestables razones hizo necesario el artículo siguiente 23 aclaratorio de este, aunque es algo difícil conciliarlos en su letra: la necesidad de la manifestacion para gozar de los derechos de españoles, es igual, segun el artículo 22, en los hijos de padre ó madre españoles, nacidos fuera de España, y en los del estranjero nacidos en ella: segun el artículo 23, solo es necesaria á los segundos.

A su mayor edad ó emancipacion. ¿Y por qué legislacion habrán de regirse estos actos?

En realidad, las leyes que arreglan la mayor edad y emancipacion son personales ó concernientes al estado de las personas. Parece, pues, que debia atenderse á las del pais, cuyo súbdito fuese el hijo del estranjero al tiempo de hacer la manifestacion.

Pero la naturaleza es un asunto privativo y esclusivamente español, es de derecho público, y hasta constitucional español, y en España ha de surtir sus efectos: es tambien una calidad personal; y la capacidad para adquirirla, como la incapacidad para gozarla, ha de medirse por las leyes españolas.

ARTICULO 23.

Los hijos de un estranjero nacidos en España seguirán la condicion de su padre, y no se considerarán españoles hasta que hagan la manifestacion prevenida en el artículo precedente.

Los hijos de padre ó madre españoles nacidos fuera de España, conservarán la calidad de españoles mientras no renuncien espresamente á ella.

Vé lo espuesto en el anterior, que alcanza tambien á este.

En lo relativo al hijo de estranjero, ó primer párrafo, está conforme con el artículo 9 Frances y 11 Napolitano.

No renuncien espresamente: ó no se encuentren en alguno de los casos del artículo 19, porque entonces habrán perdido su calidad de españoles, y no podrán recobrarla sino con arreglo á los artículos 20 y 21.

ARTICULO 24.

Los hijos nacidos en pais estrangero de un español ó española que hubieren perdido esta calidad, podrán adquirirla cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 20.

Es el segundo párrafo del artículo 10 Frances, 13 Napolitano, 5 de Vaud, 20 Sardo.

Para motivar este artículo se dice en el discurso 4 frances: «Si recibimos al estranjero nacido en Francia, ¿cómo rechazaremos de nuestro seno al que haya nacido en pais estrangero, pero de un padre que haya perdido la calidad de frances? ¿Le trataremos con mas rigor que al estrangero nacido en nuestro suelo? No en verdad: la sangre francesa circula siempre por sus venas: la inconstancia ó desarreglo de su padre no han agotado la fuente de aquella: los recuerdos de toda una familia no se borran por errores momentáneos de un padre: el hijo debe ser admitido á repararlos, y tal vez los remordimientos del padre hayan hecho conocer al hijo el valor de la calidad perdida, que por esto mismo le será mas preciosa y querida.»

ARTICULO 25.

La española que case con estrangero, sigue la condicion de su marido; pero disuelto el matrimonio podrá recobrar la calidad de española, haciendo la renuncia prevenida en el artículo 20.

Es el 19 Frances, 23 Napolitano, 15 de Vaud, 11 Holandes, 40 Sardo.

La muger sigue la condicion, dignidad y fuero del marido, y conserva todo, mientras permanece viuda; tambien sigue su domicilio; leyes 8, título 9, libro 1, 19, título 1, libro 2, 5, título 2, libro 23, y 38, párrafo 3, título 1, libro 50 del Digesto, 10, título 4, libro 5 y 9, título 39, libro 10, repetida en la 13, título 1, libro 12 del Código, que dice:

Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus. Si autem minoris ordinis virum postea sortitæ fuerint, priore dignitate privata, posterioris mariti sequentur conditionem. La 22, título 1, libro 50 del Digesto: *Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet (sicut et*

dignitatem): sed utrumque, aliis inter venientibus nuptiis, permutatur: concuerda con ella la 7, título 2, partida 4.

La ley recopilada 2, título 27, libro 11, dispone lo mismo con una escepcion que hoy dia es inútil.

La recopilada 3, título 11, libro 3, dice: «La muger estranjera que casare con hombre natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido:» lo mismo la 32, título 2, Partida 3: véase la tercera.

La recopilada 10, título 13, libro 8, concedia á las viudas de boticarios mantener su botica abierta con tal que fuese regentada por farmacéutico aprobado.

Sigue la condicion del marido. Es una consecuencia forzosa de la misma naturaleza del matrimonio, de la *individuidad* del marido y la muger, y de que el primero es gefe y cabeza de la familia y un verdadero curador de la segunda.

Por esta misma razon nada importa que, durante el matrimonio, sea la muger mayor ó menor de edad: la que es hábil para contraerlo, no puede sustraerse á sus consecuencias. Pero si el matrimonio fuese declarado nulo, quedará la muger reintegrada *ipso jure* en su anterior estado, condicion y derechos, porque *cum principalis causa non subsistit, nec ea quidem quæ sequuntur, locum habent,* segun la 178 *de regulis juris,* y *quia ex cojunctione tali neque vir, neque uxor, neque matrimonium intelligitur,* ley 37, párrafo 2, título 1, libro 50 del Digesto, y párrafo 12, título 10, libro 1. Instituciones.

Podrá recobrar: porque fué española y no dejó de serlo sino por una consecuencia precisa, ó rigorismo de la ley, á pesar de que el matrimonio con estranjero era un acto lícito y loable. Su sangre es toda española: los dulces recuerdos de la patria y familia serán naturalmente mas vivos en la soledad de su viudez: el artículo la proporciona un consuelo.

Escusado es decir, que tanto en el caso de este artículo, como en todos los anteriores, la recuperacion de la calidad de español no surte efectos retroactivos, y solo aprovecha para el porvenir: este es el sello ó rasgo característico de todas las disposiciones legales segun el artículo 3: véase sobre la materia de este artículo los 42 y 59.

ARTICULO 26.

Los estranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su pais los españoles, salvo lo dispuesto ó que se dispusiere por los tratados y leyes especiales.

Es el 9 Napolitano en su número 1; el 11 Frances encierra el mismo principio general de reciprocidad, pero con mas cautela: es preciso que los derechos de que goza el francés en otro pais le hayan sido ó sean concedidos por los tratados de la nacion á que pertenece el estranjero que quiere gozarlos en Francia.

No bastará, pues, que las leyes españolas, por ejemplo, concedan ciertos derechos á los súbditos franceses en España para que nosotros los gocemos en Francia: es preciso que hayan sido concedidos en tratados; lo contrario (se dice) equivaldria á poner la Francia á discrecion de las otras potencias.

El artículo 11 Frances fué de los desenvueltos con mas profundidad y elegancia al formarse aquel Código: véanse los discursos números 4 y 5. Cualquier partido que se tome, bien sea la concesion íntegra y absoluta de derechos civiles á los estranjeros, bien la justa y estricta reciprocidad, hay grandes ejemplos y autoridades en qué apoyarse.

«¿Mas, por qué daremos á nuestros vecinos privilegios que ellos se obstinan en negarnos? El interés es la medida de los tratados entre gobiernos, como de las transacciones entre particulares; el derecho civil que rige á las naciones entre sí, existe en los tratados, y si una de aquellas no quiere debilitarse ó perjudicarse, debe tomar en consideracion lo que las otras hacen por ella antes de imponerse obligaciones para con las mismas. El principio de reciprocidad es un llamamiento permanente á las otras naciones para hacer concesiones generosas, y tiene la ventaja real de que, suspendiéndose los tratados por el hecho solo de la declaracion de guerra, cada nacion vuelve á quedar libre en aquellas circunstancias críticas para tomar el interés del momento por única regla de su conducta.»

A pesar de todo esto, que entonces pareció tan útil y magnífico, el artículo 11 fué implícitamente abrogado por la derogacion espresa de los artículos 726 y 912 del mismo Código civil hecha en la ley de 14 de julio de 1819, por cuyo artículo primero se concedió á los estranjeros derecho para heredar, recibir y disponer del mismo modo que los franceses en toda la estension del reino.

Tratados y leyes especiales. Salva esta escepcion (que deberia sobreentenderse, aunque no se espresára, porque lo especial deroga siempre lo general) el artículo consagra el principio de absoluta reciprocidad, y aun esta suele ser siempre la pauta de los tratados: un ejemplo de ello tenemos en la ley recopilada 18, título 20, libro 10.

Puede muy bien suceder (aunque será rarísimo) como en la citada ley francesa de 14 de julio de 1819, que una potencia favorezca á los estranjeros por una ley especial mas allá de lo contenido en los tratados; pero esto no privará á la otra del derecho de modificar por otra

ley especial el principio consignado en este artículo y cuyo espíritu deberá ser respetado en lo posible.

En resúmen, puede decirse que la reciprocidad es un principio de derecho público internacional, y sancionado en todos los Códigos civiles que han adoptado los artículos 726 y 912 Franceses: los artículos 42 y 43 Prusianos establecen desde luego el derecho de represalias, cuando otro gobierno dé leyes onerosas á los estraanjeros en general, ó á los súbditos prusianos en particular.

La disposicion de este artículo domina todas las materias del Código, y hace innecesarios otros artículos en algunas de ellas; por ejemplo, no se verán en él los mencionados artículos Franceses 726 y 912 sobre herencias y donaciones: *la reciprocidad de los tratados y las leyes especiales* lo envuelven y deciden todo.

ARTICULO 27.

Todo español puede ser demandado en España por las obligaciones contraidas, fuera del reino, con un estranjero ú otro español.

Es el 15 Frances, 14 Napolitano, 30 Sardo, 9 de Vaud.

No se descubre razon contra la competencia de los tribunales españoles en el caso del artículo; el estranjero tiene mayor interes en demandar dentro de España, porque las ejecutorias obtenidas aquí no corren las eventualidades á que están espuestas, segun el artículo 32, las obtenidas en el estranjero.

De todos modos, si es estranjero el que demanda al español, habrá de cumplir con la disposicion del artículo 30, y no se olvide la del artículo 32 sobre subordinar este y los artículos siguientes al principio de reciprocidad.

ARTICULO 28.

El estranjero, aunque no resida en España, puede ser demandado ante los tribunales españoles, por las obligaciones contraidas con un español en el reino, ó que deban tener en él su ejecucion.

Es el 14 Frances sin la espresion final, «ó que deban tener en él su ejecucion;» 16 Napolitano: el 32 Sardo dispone esto mismo respecto de las obligaciones contraidas en el reino por un estranjero con otro estranjero, si el demandado se encuentra dentro del reino; disposicion que parece razonable y conforme á la doctrina general sobre competencia de fuero por razon del contrato, y está adoptada en el artículo 31.

El objeto del artículo es evitar que las obligaciones, contraidas en

los términos que espresa, puedan hacerse ilusorias; y lo serian mas de una vez, si el español tuviera que demandar al estranjero en los tribunales de su pais.

Debe ademas presumirse que en el caso del artículo quiso el estranjero someterse á los tribunales del pais del contrato; pues se obligó dentro de él, y á favor de un natural del mismo.

La ejecutoria del tribunal español obtenida en este caso por el español se ejecutará en los bienes que el estranjero tenga en España, y en su persona, si se encuentra aquí: si quiere usar de la misma ejecutoria en el pais del estranjero, está espuesto á encontrar allí las dificultades previstas en nuestro artículo 52.

Puede ser demandado: es pues facultativo en el español demandarle aquí, ó en su pais: pero si hizo esto segundo, se entenderá haber renunciado á lo primero.

O que deban tener en él su ejecucion. Esta circunstancia hace presumir que el estranjero reconoció la competencia de los tribunales del reino: ¿y qué juez mas competente que el del lugar ó pais, en que necesariamente ha de ejecutarse la obligacion? El artículo 8 de Vaud, número 5, exige estipulacion y sumision espresa á los tribunales de otro pais, para que esto tenga lugar.

No es necesario advertir que, tratándose de acciones reales, inclusas las hipotecarias y posesorias, de bienes sitos en España, podrá el estranjero ser citado ante los tribunales españoles; asi es conforme á nuestro artículo 8: el 29 Sardo lo espresa para mayor claridad, y el 8 de Vaud, en su número 2.

En Francia tiene declarado el tribunal de Casacion, que el *simple* consentimiento de dos *estranjeros* en ser juzgados por tribunales franceses, no obliga á estos para que admitan el juicio ó demanda y fallen el negocio: é igualmente, que la *sola residencia* del estranjero no le somete á la jurisdiccion francesa.

Si llegaran á suscitarse estas cuestiones entre nosotros, deberian á mi entender decidirse en el mismo sentido, por las buenas razones en que se fundan los fallos indicados, y pueden verse en los comentarios de Rogron en el artículo 14 Frances.

ARTICULO 29.

El estranjero puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que ha contraido en pais estranjero para con un español.

Conforme con el 14 Frances y 11 Napolitano.

Este artículo es todavia mas favorable á los españoles que el ante-

rior; puesque obra de lleno contra la primera de las reglas en materia de competencias, *actor sequitur forum rei*, y no hay aquí motivo alguno para presumir que el estranjero quiso reconocer la jurisdiccion de los tribunales españoles; pero estando consignado igual favor en el Código de una nacion vecina, con la que son tan frecuentes nuestras relaciones mercantiles, habria mas que imprevision en no conceder el mismo favor á nuestros naturales. Pero si estos se han obligado en otro pais, aunque sea á favor de un estranjero, podrán ser demandados ante los tribunales españoles: ¿de qué podrán quejarse en este caso?

Porque no se olvide que el artículo va regido por el 34 con referencia al 26; si el español que contrajo en España con estranjero, no puede ser demandado en los tribunales del pais del estranjero, tampoco podrá serlo este en los españoles á virtud de nuestro artículo 29.

Para con un español: el domiciliado en España, no para con el que sin tener domicilio ni residencia en ella, se encuentra establecido en pais estranjero: lo contrario seria engañar á los estranjeros que, contratando con individuos establecidos en su pais, no han debido, ni podido sospechar que serian demandados ante tribunales estraños, como son para ellos los españoles.

ARTICULO 30.

El estranjero demandante en España debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, á no ser que posea en España bienes inmuebles en cantidad suficiente.

Conforme con el 16 Frances, que esceptúa los negocios de comercio; pero nuestro artículo 17 hace esta escepcion en general: 17 Napolitano, y 33 Sardo.

Demandante: no el demandado; porque la demanda es un acto libre y voluntario; al paso que la defensa es un acto necesario y de derecho natural: seria pues contra toda justicia que el estranjero no pudiera defenderse sin afianzar.

Juzgado y sentenciado. Es la fianza ó caucion llamada en latin *judicatum solvi*, á diferencia de la de haz, ó *juditio sisti*.

La obligacion de afianzar alcanza al demandante estranjero en lo civil y criminal; y como procede de la ley, está sujeta á las disposiciones del capítulo 4 *De la fianza*.

El demandante puede á su vez ser condenado al pago de las costas procesales, gastos del juicio y resarcimiento de daños (art. 46, 47 y 48 del Código penal): el objeto del artículo es evitar que estas condenas se hagan ilusorias en perjuicio del español con solo desaparecer el estranjero despues de haberle vejado á su sabor.

Yo no creo que el estranjero, *demandado al principio*, se convierta en demandante, y deba dar la fianza de este artículo porque intente el recurso de nulidad ó casacion: la necesidad y la justicia de la defensa son iguales en este recurso que en el de apelacion.

Nuestro artículo dice en términos absolutos, *de lo que fuere juzgado y sentenciado*; omitiendo las palabras del artículo Frances, «gastos, daños é intereses *resultantes del proceso*»; á todo pues debe estenderse la fianza, porque todo trae su orígen del proceso, y es su consecuencia.

A no ser que posea, etc. Esta circunstancia garantiza bastantemente al español demandado acerca de las resultas de juicio, y llena el objeto del artículo: *plus cautionis estinse, quam in persona*, dice la 25 *de regulis juris*, que puede en cierto modo aplicarse á este caso, y aun mas la 15, título 8, libro 2 Digesto, *possessores immobilium rerum satisdare non compelluntur*.

Escusado es advertir, que es tambien aplicable á este caso lo dispuesto sobre prenda en el artículo 1769.

ARTICULO 51.

El estranjero que se encuentre en España puede ser demandado por otro estranjero por las obligaciones contraidas en el reino.

Es testual del 52 Sardo, y conforme á las leyes 15, título 1, Partida 1 y 15, título 14, Partida 4: vé lo espuesto en el artículo 6.

ARTICULO 52.

Lo dispuesto en los cinco artículos anteriores se entiende, sin perjuicio del principio de reciprocidad consignado en el artículo 26.

Este mismo principio se observará respecto de las sentencias dictadas por los tribunales estranjeros para su cumplimiento en España, salvas las reglas y usos admitidos para ponerlas en ejecucion.

Dejo observado al final del artículo 26, que su disposicion domina todas las materias de este Código, y debe dominar mas particularmente la de este título: en primer lugar, los tratados y leyes especiales; en segundo y á falta de ellos, el principio de reciprocidad.

Pero en cuanto al cumplimiento ó ejecucion de las sentencias de tribunales estranjeros, se han de observar siempre las reglas y usos admitidos en España.

Las sentencias deberán, ó no, ponerse en ejecucion, segun los tratados, leyes especiales, ó el principio de reciprocidad; pero el modo y trámites de la ejecucion forman un juicio nuevo que, como principiado

en España, debe siempre regirse por sus leyes; véase el artículo 1918.

En 30 de junio del presente año de 1851 se firmó en Madrid un convenio entre la España y la Cerdeña, para el recíproco cumplimiento de las sentencias ó acuerdos espedidos por los tribunales de ambos paises en materia civil, ordinaria y comercial.

ARTICULO 33.

Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles.

Es el 10 Napolitano y 25 Sardo.

«*Civitates enim privatorum loco habentur*, ley 16, título 16, libro 50: *Hereditas vice personæ fungitur, sicuti municipium, et decuria et societas:* ley 22, título 1, libro 46, Digesto. Esto se entendia de los colegios ó corporaciones lícitas, es decir, de las aprobadas por la autoridad pública, ley 3 al principio, título 22, libro 50.

En la 50, título 16, del mismo libro se dice que ha de haber tres personas para formar colegio ó corporacion; pero segun la 7, título 4, libro 3 del Digesto, quedando reducida á una sola persona, podrá esta demandar y ser demandada, *cum jus omninium in unum resideri, et stet nomen universitatis.*

En el artículo se conserva el derecho español hasta ahora vigente: las corporaciones lícitas han gozado y gozan de los derechos civiles, pero con las restricciones y modificaciones puestas por las leyes; por ejemplo, sobre adquisicion de bienes inmuebles: vé el artículo 608.

Vé tambien el capítulo 4, título 3, libro 2 del Código penal, sobre las asociaciones ilícitas, de que se habia ocupado antes todo el título 12, libro 12, Novísima Recopilacion.

ARTICULO 34.

Los esclavos pertenecientes á españoles adquirirán la calidad de libres, en el momento que sean importados en el territorio continental del Reino, ó de sus islas adyacentes.

Tambien adquirirán la calidad de libres los pertenecientes á estranjeros que al mes de su introduccion no sean esportados por sus dueños.

El 2, Holandes, título 1, proscribe la esclavitud y toda especie de servidumbre personal, declarando libres y capaces de gozar los derechos civiles á todos los hombres que se encuentran en el reino.

La disposicion de nuestro artículo sobre la abolicion de la esclavi-

tud es un punto ya convenido entre todas las naciones civilizadas, y la prohibicion del tráfico de negros ha sido objeto especial de tratados solemnes dictados por principios ó sentimientos de humanidad, aunque no falta quien los atribuya á motivos menos puros.

Algunas naciones han abolido la esclavitud en sus mismas colonias: mas por una monstruosa inconsecuencia el pais mas libre del mundo (los Estados-Unidos) conserva aún este padron de infamia y de barbárie: entre los Códigos modernos, solo el de la Luisiana se ocupa de esclavos.

Tambien adquirirán, etc. Es á la par justo y político guardar este miramiento á los estranjeros, pues que no tienen obligacion de saber nuestras leyes.

TITULO II.

DE LA VECINDAD Y DEL DOMICILIO.

CAPITULO PRIMERO.

De la vecindad.

La vecindad segun el número 4 del artículo 18 da naturaleza, y envuelve siempre el domicilio; pero este puede existir, y de hecho existe antes de haberse ganado aquella.

Podria por lo tanto parecer que sobra aquí el artículo 55, y que solo deberia hablarse de la vecindad, por la que los estranjeros ganan naturaleza.

Pero en este libro primero se trata *de las personas*, cuyo estado civil no es mas que una calidad, en cuya consideracion tienen diversos derechos ú obligaciones; y no puede negarse que la vecindad produce diversidad en unos y en otras.

Ademas, para algunos actos del Código civil, y aun de los otros, se requerirá en las personas la circunstancia de vecindad; y ningun lugar mas oportuno que este para consignar los modos de constituirse, dejando á las leyes políticas y administrativas el pleno desenvolvimiento de sus efectos, ó de los derechos y obligaciones que produce.

ARTICULO 55.

Son vecinos de un pueblo los españoles cabezas de familia que, residiendo en él con casa abierta, reunan ademas alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª *Estar inscritos en el padron del vecindario.*

2.ª *Llevar dos años de residencia en él, egerciendo su profesion ó industria.*

Segun las leyes 2, título 24, Partida 4, y 6 recopilada, título 4, libro 7, eran necesarios diez años de morada ó residencia para ganar vecindad; á lo mismo conspira la 32, título 2, Partida 3, donde dice: «La setena.»

Y aunque se quiera decir que las leyes de Partidas fueron tomadas de la 2, título 39, libro 10 del Código, y que esta habla del domicilio, se ha de notar que en aquellas, la palabra *domicilio* y aun la de *naturaleza* significan lo mismo que *vecindad* entre nosotros: la ley Romana habla del desempeño de cargos públicos; y de todos modos la recopilada habla espresamente de vecindad.

Los intérpretes opinaban que la morada ó residencia de diez años era uno de los medios, pero no el único y esclusivo para ganar y probar la vecindad. Nuestro artículo corta esta cuestion, y fija con claridad una materia vaga y dudosa hasta ahora: las circunstancias del párrafo 1, á saber: la de ser cabeza de familia y residir con casa abierta, son la base y han de concurrir simultáneamente las de los números 1 y 2: basta que concurran alternativamente con aquellas, dos años de residencia, ó que el ayuntamiento por motivos especiales le haga inscribir desde luego en el padron del vecindario, lo que equivale á concederse.

Los diez años eran término demasiado largo para que un padre ó cabeza de familia quedase excluido de las ventajas de la vecindad ó declinase maliciosamente levantar las cargas vecinales.

ARTICULO 36.

El estranjero que sin haber obtenido carta de naturaleza quiera ganar vecindad en un pueblo de la monarquía, deberá residir en él por espacio de tres años; renunciar ante el alcalde la proteccion del pabellon de su pais, y probar ademas alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª *Haber estado al servicio del Estado.*

2.ª *Estar ó haber estado casado con española.*

3.ª *Haber egercido por espacio de cinco años en el reino, una profesion útil.*

4.ª *Establecer una industria que requiera su residencia habitual en el pais.*

5.ª *Haberse arraigado en el Reino, adquiriendo en él bienes inmuebles.*

La ley recopilada 3, título 11, libro 6, ha sido hasta aquí la capital en esta materia; y puede decirse que era mas liberal que nuestro artículo; pues aunque concluye diciendo: «El que mora diez años con casa poblada en estos reinos,» todos los muchos casos anteriores son otras tantas escepciones de tan larga morada, y en algunos no se requiere tiempo, como el del que se arraigue comprando y adquiriendo bienes raices y posesiones.

De todos modos, parece que deben regir aún, como de derecho público, y salva la disposicion del artículo 26, las leyes recopiladas 8 y 9 del citado título 11, la 2, título 4, y la 2, título 5, libro 7, que imponen restricciones ó prohibiciones á los estrangeros para ejercer las artes liberales, oficios mecánicos, ser criados ó dependientes de españoles, mercaderes y vendedores al pormenor de cosa alguna: prohibiciones, cuya inobservancia es por otra parte notoria.

Sin haber obtenido carta de naturaleza: porque si la obtuvo, ganará vecindad como todo español con arreglo al artículo anterior.

Residir en él por espacio de tres años. Entiéndese con *casa abierta y siendo cabeza de familia,* segun el artículo anterior: el estranjero no puede ser de mejor condicion que el español.

Número 1. «El que tiene oficios de concejo públicos, honoríficos, ó cargos de cualquier género etc.» la ley 3 recopilada.

Número 2. «El que se casa con muger natural de estos reinos y habita domiciliado en ellos;» idem.

Números 3 y 4. «El que, siendo oficial, viene á morar y ejercer su oficio: el que mora y ejerce oficios mecánicos;» idem.

Número 5. «El que se arraiga comprando bienes raices y posesiones;» idem.

Advierto de nuevo que la ley recopilada no exigia en estos la residencia de tres, ni cinco años de nuestro artículo; y de consiguiente era mas liberal.

ARTICULO 37.

Ninguno podrá ser al mismo tiempo vecino de dos pueblos.

La vecindad requiere residencia, y es físicamente imposible que nadie resida ó esté á un mismo tiempo en dos lugares. Habia, sin embargo, escepciones monstruosas de esta sencilla verdad: en Navarra, por ejemplo, vecindades *foráneas* á favor de los hijosdalgos, quienes, sin estar obligados á residir, gozaban en los aprovechamientos comunes doble porcion que los labradores, verdaderos vecinos residentes: tambien Campomanes en su espediente de Estremadura habla de vecindades mañeras.

CAPITULO II.

Del domicilio.

Por Derecho Romano el *orígen* daba la vecindad ó ciudadanía (al menos en cuanto á los cargos y honores), y tambien la daba al recibimiento formal de ciudadano ó munícipe, ley 1, título 1, libro 50 del Digesto.

Los demas, aunque hubiesen fijado su domicilio y estuviesen á las consecuencias de este en cuanto á los otros efectos de derecho, se llamaban moradores, habitantes (*incolæ*), y sin duda á estos seria aplicable lo de la residencia de diez años de la ley 2, título 39, libro 10 del Código, para igualarlos en cuanto á los cargos y honores. El fuero ó domicilio de orígen era necesario é irrenunciable, aunque se adquiriese domicilio en otra patria: si sus efectos eran generales, ó no, es punto dudoso.

Nuestras leyes de Partida hablan tambien de este fuero de orígen ó *naturaleza* (32, título 2, Partida 3, ver la *primera*;) pero yo dudo que nunca haya estado en uso, á no ser que quiera llamarse tal el de el padre respecto del hijo, pues se presume que este lo conserva mientras no lo haya cambiado.

En Francia hay domicilio *político y civil;* el primero para el ejercicio de los derechos *políticos;* el segundo para el de los civiles: entre nosotros no se conoce *hasta ahora* tal distincion.

Se distingue tambien el domicilio en *real ó verdadero*, que es en el que realmente se tiene la morada ó residencia, y domicilio de *eleccion*, que es el que se escoge ó determina para ciertos actos, particularmente en materia de juicios: no puede haber sino un domicilio *real* ó verdadero, al paso que puede haber muchos *de eleccion.*

Esta segunda distincion fué primeramente admitida por la Comision en sus dos abortivos proyectos de ley orgánica de los tribunales, y regularmente lo será en los Códigos de procedimientos: por fin lo ha sido en este mismo capítulo, artículo 46 y aplicada en el 1740.

ARTICULO 38.

El lugar en que una persona tiene su vecindad, es tambien el de su domicilio.

El 102 Frances dice: «El domicilio de todo frances *en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles está en el lugar*, donde él tiene su drincipal establecimiento: lo sigue el 66 Sardo: el 74 Holandes

añade: «á falta de domicilio, la residencia ocupará su lugar.»

La definicion Francesa viene á ser la Romana, aunque en menos palabras. Asi es que en el discurso 11 Frances se cita como prueba de esta identidad la ley 7, título 39, libro 10 del Código: *Ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit.*

En el discurso 9, se amplifica la misma idea: «El lugar en que una persona que goza de sus derechos establece su morada, el centro de sus negocios, el asiento de su fortuna, el lugar de el que no se aleja esta persona sino con el deseo y esperanza de volver á él tan pronto como haya cesado la causa de su ausencia.»

Esta amplificacion ha sido tambien tomada de la misma ley 7 Romana, que á las palabras antes copiadas añade: *Unde* (rursus) *non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam destitit.*

No puede darse una idea mas clara, ni definicion mas exacta y completa que la de la ley Romana: lástima es que no pueda encerrarse en menos palabras.

Nuestro artículo decia antes: «El lugar en que un español tiene su habitual residencia es el de su domicilio, aunque no reuna las circunstancias necesarias para ser vecino.»

Pero se observó que esta definicion no tenia toda la propiedad y certeza de que era susceptible. La simple residencia, aun habitual (bien que suela preceder y acompañar al domicilio), no es mas que un hecho insuficiente por sí solo para constituirlo: el hecho material debe ir acompañado del ánimo ó intencion de ganar el domicilio, fijando en el lugar de la nueva habitacion su principal establecimiento segun el artículo Frances, ó como dice con mas propiedad la ley Romana: *larem, rerumque ac fortunarum suarum summam etc.*: ni la residencia sin el propósito dicho, ni este sin aquella bastaban para constituir domicilio segun las leyes 17, párrafo 3, 20 y 27, párrafo 2, título 1, libro 50 del Digesto, trasladadas en su fondo al artículo 103 Frances y 67 Sardo.

Adoptóse, pues, la definicion como hoy está, y cuya certeza es indudable: solo en falta de vecindad se dió y pudo darse á la residencia habitual la fuerza de constituir domicilio, induciendo de ella el ánimo ó propósito de ganarlo.

ARTICULO 39.

El lugar en que un español tiene su habitual residencia es el de su domicilio, aunque no reuna las circunstancias necesarias para ser vecino de él.

Vé lo espuesto en el anterior.

ARTICULO 40.

Los empleados públicos tienen su domicilio en el lugar en que desempeñan su destino.

Los que se hallan accidentalmente en un pueblo en comision del gobierno, conservan el domicilio que antes tenian.

El domicilio de este artículo y de los siguientes se llama *necesario*: el de los dos artículos anteriores es *voluntario*, pues que todos pueden constituirse el domicilio donde quieran, á menos de estarles prohibido, ley 32, título 1, libro 50 del Digesto.

El artículo 106 Frances dice: «El ciudadano llamado á una funcion pública, temporal ó revocable, conservará su domicilio anterior, si no ha manifestado la intencion contraria:» bastará, pues que la funcion sea temporal, aunque *irrevocable* como la de un diputado, ó perpétua, pero *revocable*, como la de los empleados amovibles: el 77 Holandes lo ha copiado.

El 107 Frances dice: «La aceptacion de funciones vitalicias envolverá la traslacion del domicilio del funcionario al lugar en que debe ejercer sus funciones.» Este artículo habla de funciones *inamovibles*, y no admite presuncion ni manifestacion en contrario: la ley no puede admitir una suposicion que ofenderia todos los miramientos sociales.

El 70 Sardo dice: «El súbdito llamado á un empleo público conservará su primer domicilio, cuando no haya manifestado una intencion contraria.»

Nuestro artículo, aunque diferente del Frances y Sardo, se acerca mas á este, y se funda en motivos plausibles para la diferencia entre empleados públicos en *propiedad* y en *comision*: la diferencia entre uno y otro es evidentemente razonable, y no se puede en buena lógica sacar de ambos la misma presuncion.

Hacemos tambien necesario el cambio de domicilio para los empleados en *propiedad*, porque en todo buen gobierno deben presumirse vitalicios, si no lo desmerecen por su conducta; y la disposicion Francesa y Sarda puede ser ocasion de molestia y fraudes contra los nuevos acreedores: ¿por qué habian estos de ir á escudriñar el domicilio primitivo de un empleado antiguo, y tal vez separado del lugar del destino por los mares?

A mas de que el mismo empleado podrá defenderse mejor en el lugar donde ejerce su empleo.

Los empleados. Nótese que el artículo anterior habla de *empleados*, no de *funciones*: por consiguiente, el domicilio de un senador ó diputado queda en el derecho comun.

Los senadores romanos conservaban el domicilio de *su origen*, y adquirian nuevo en Roma por razon de su dignidad: ley 11, título 9, libro 1 del Digesto; pero allí sus funciones eran continuas, y entre nosotros están limitadas á la duracion de cada legislatura; es decir, de sus sesiones.

ARTICULO 41.

Los militares en activo servicio tienen su domicilio en el lugar en que se hallan prestándolo.

Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possideat, ley 23, párrafo 1, título 1, libro 50, Digesto: *mereo*, anticuado, ó *mereor*, es servir en la milicia.

Por Derecho Romano no gozaba de fuero privilegiado en lo civil, pero sí en todo lo criminal, segun unos aun en los delitos comunes; otros limitan el fuero en los comunes al caso de haberlos cometido el militar en los reales, *in castris*; y no puede dudarse que las leyes 2 y 3 al principio, título 16, libro 49, y la 22, título 2, libro 48 del Digesto, favorecen la segunda opinion, cuando no escluyan absolutamente los delitos comunes. La Comision en sus dos proyectos de *ley orgánica de los tribunales* abolia el fuero privilegiado eclesiástico en lo civil y criminal, y el militar solamente en lo civil. Otra cualquiera Comision, ó particular, que sean llamados á trabajar en dicha materia, propondrán siempre lo mismo, sopena de deshonrarse si no lo hacen: algunos vocales de la Comision fueron despues ministros, y como tales mostraron en este y otros puntos cobardía; y, *lo que todavía es peor, manifiesta contradiccion* votando y firmando como ministros *lo contrario de lo que habian votado y firmado como vocales.*

Si algun dia llega á abolirse el fuero militar en lo civil, yo opinaria, atendida la ambulancia de los militares, porque se les permitiera conservar el domicilio que tenian al entrar en el servicio: de otro modo podria fácilmente acontecer que tuvieran tantos jueces como pleitos.

ARTICULO 42.

El hijo de familia, no emancipado, tiene el domicilio del padre ó madre á cuya potestad se halle sujeto, y en falta de ambos, el de su tutor: las personas mayores de edad, sujetas á curaduria, tienen el de su curador:

La muger casada tiene el domicilio de su marido no estando divorciada: los mayores de edad que sirven habitualmente á una per-

sonà y habitan en su casa, tienen el domicilio de sus amos; y tambien los menores de edad por las obligaciones que contraen durante este servicio.

Conforme con los 108 y 109 Franceses, 71 y 72 Sardos, 78 y 79 Holandeses. Estos Códigos, respecto de los sirvientes, se contraen à los mayores de edad, dejando á los menores sujetos al domicilio de sus padres, madres ó tutores. Pero los menores pueden servir y sirven frecuentemente á largas distancias del domicilio del padre, madre ó tutor; y debe presumirse que estos, por el hecho mismo de desprenderse de los menores, consintieron en el cambio del domicilio.

Para todos los casos de este artículo, escepto de los que sirven habitualmente, hay una razon sin réplica.

El domicilio tiene por objeto fijar el lugar para el ejercicio de los derechos civiles, activos y pasivos. Luego las personas que no pueden ejercerlos por sí solas y necesitan para ello la autorizacion ó ministerio de un protector ó administrador legítimo, tienen que seguir el domicilio de este.

El hijo. Por Derecho Romano, aunque el hijo seguia necesariamente el *origen* ó fuero *originario* del padre, podia sin embargo tener distinto domicilio, leyes 3, 4 y 6, párrafo 1, y 17, párrafo 11, título 1, libro 50 del Digesto. Esto se esplicaba fácilmente entre los Romanos, pues que ni por el matrimonio, ni por la mayor edad, se acababa la patria potestad.

La disposicion de este artículo alcanza tambien á los hijos adoptivos y á los ilegítimos reconocidos: vé el artículo 170.

No emancipado: porque si lo está, regirá el artículo 277, y podrà elegir nuevo domicilio.

Sin embargo, mientras no lo elija, se presume que sigue el de su padre ó madre, y que bajo este aspecto las cosas continúan en el mismo estado: por lo tanto, incumbirá al emancipado la prueba de lo contrario, segun se deduce de la ley 3, título 38, libro 10 del Código y 17, párrafo 11, título 1, libro 50 del Digesto.

Su tutor. Pero si este muere, durante la tutela, no se atenderá à su domicilio para la convocacion del consejo de familia, sino al anterior y natural del huérfano segun los artículos 191 y 192.

La muger casada: vé las leyes citadas con lo demas espuesto en el artículo 25. Pero si el marido se fija en el domicilio de su muger, es claro que conservará esta el que tenia; ley 5, título 39, libro 10 del Código, y que la viuda puede en uso de su libertad escoger otro domicilio dejando el de su difunto marido.

No estando divorciada: porque el divorcio segun el artículo 74 suspende la vida comun de los casados ó la mútua cohabitacion del ar-

tículo 57: «El divorcio departe la muger del marido, é el marido de la muger.» Ley 1, título 10, Partida 4.

Sirven habitualmente: *y habitan en su casa*. Son los criados domésticos de que habla el artículo 1524 y siguientes. He notado arriba la diferencia que entre mayores y menores de edad hacen los Códigos estrangeros y los motivos de no haber sido admitida en este.

En la ley 6, título 1, libro 50 del Digesto; y en la auténtica siguiente á la ley 5, título 13, libro 4 del Código, se hallan dos casos análogos, y por ellos han opinado los intérpretes como en este artículo se dispone.

Pero si la muger casada se hallara en el caso de este párrafo, aunque lo consintiese su marido, conservará el domicilio de este: la ley se lo señala como *necesario* en todos los casos por consideraciones de decoro público y buen órden doméstico.

ARTICULO 43.

El domicilio de los que se hallan estinguiendo alguna condena es el lugar donde la estinguen.

Los condenados á destierro conservan su domicilio anterior.

Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet; pero puede retener el anterior en cuanto conserva la esperanza de volver á él, leyes 22, párrafo 3, y 27, párrafo 3, título 1, libro 50 del Digesto.

No habemos admitido la alternativa, ó facultad de conservar el domicilio anterior por los motivos espresados en el artículo 40 á la palabra «*Hacemos*» etc., y habemos esceptuado al desterrado, porque esta pena no tiene, como las otras, lugar determinado para su estincion; vé el artículo 109 del Código penal, y adviértase que en este Código solo se trata de derechos civiles, no de los *políticos*, cuya suspension se impone al desterrado en el artículo 58 del penal.

ARTICULO 44.

El domicilio de una persona que no tiene residencia habitual es el lugar en que se halle.

Por Derecho Romano podia uno tener domicilio en dos lugares (*licet difficile est*) *si pluribus locis ex æquo negotietur*: *si utrobique ita sit instructus, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videtur*: *si quis instructus sit duobus locis equaliter, neque hic, quam illic, minus frequenter commoretur*, leyes 5 y 6, párrafo 2, y 27, párrafo 2 título 1, libro 50 del Digesto.

Igualmente difícil es segun la misma ley 27 *sine domicilio esse quemquam*; pero puede suceder, *si quis, domicilio relicto, naviget, aut iter faciat quærens quo se conferat, aut ubi constituat.*

El primer caso (domicilio en diversos lugares), difícil segun la ley Romana, es en mi concepto imposible por las mismas razones que hacen imposibles dos vecindades segun lo espuesto al artículo 37, y que dos posean á un mismo tiempo una misma cosa, *non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*, ley 3, párrafo 5, título 2, libro 41 del Digesto: puede haber dudas sobre si por la diversidad y frecuencia de los actos ha de ser este ú otro el lugar del domicilio; pero necesariamente ha de resultar y fijarse uno solo. En la hipótesis de que pueda haber mas de un domicilio, corresponderia la eleccion al actor ó demandante.

El segundo caso, que es el de nuestro artículo, no aparece tan difícil como lo pinta la ley 27 Romana; y siempre que ocurra, ha de regirse por el artículo, que se funda en la justicia y en la necesidad; todo español ha de tener âlgun lugar y juez para responder á las demandas que contra él se intenten.

Sin embargo, la ley 32, título 2, Partida 3, hablando del que «non assossiega en ningun logar,» despues de disponer que «responda ó esté á derecho do quier que lo fallassen,» le concede que pueda dar fiadores de estar á derecho en uno de tres lugares que señala, reservando al actor la eleccion de cualquiera de ellos; disposicion en mi concepto equitativa, pues concilia los derechos é intereses de ambos; pero esto corresponde á procedimientos.

ARTICULO 43.

El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su direccion ó administracion, salvo lo que dispusieren sus estatutos ó leyes especiales.

Es una consecuencia del 33. Las personas morales no pueden ejercer sus derechos civiles activa y pasivamente sino por el ministerio de sus representantes ó apoderados legítimos, que son sus gefes, directores ó administradores: de consiguiente, el domicilio de estos se reputa ser el de aquellas, cuando por sus estatutos ó leyes no se haya determinado otra cosa.

ARTICULO 46.

Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende, sin perjuicio del caso en que las partes hayan convenido, ó una de ellas haya designado, en conformidad á la ley, el lugar en que deben tenerse por domiciliadas para la ejecucion de un acto determinado.

Conforme con el 111 Frances, 81 Holandes y 75 Sardo; con la ley 21, título 7, libro 44 del Digesto y la 32, título 2, Partida 3. «La sesta es, quando el demandado, ó otro cuyo heredero el fuesse, oviesse puesto algun pleito, ó prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra, donde fuesse juez, aquel ante quien le fazen la demanda, ó lo oviesse fecho ó prometido en otra, poniendo de lo cumplir alli.»

Este es el domicilio ó fuero de eleccion, bien se haga esta por libre convenio de las partes, bien porque la ley la mande hacer en ciertos y determinados casos como en el del artículo 1740.

El convenio de las partes, como que nada tiene contra las leyes y buenas costumbres, debe guardarse; y si fué puesto en favor de una sola de ellas, podrá esta renunciarlo.

Por ejemplo; un vecino de Madrid contrata con otro de Cádiz, y para librarse de las mayores molestias y dificultades de haber de demandar (caso de no cumplir) en su domicilio de Cádiz, exige de él, que lo elija en Madrid: podrá, supuesta la eleccion, demandarle en Madrid ó en Cádiz, segun mas le convenga, porque es libre en renunciar á su favor, y el fuero del domicilio *real*, como general, concurre con todos los actos: vé lo espuesto al frente de este capítulo.

TITULO III.

DEL MATRIMONIO.

ARTICULO 47.

La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningun Tribunal civil ó eclesiástico admitirá demanda sobre ellos.

Los Códigos Frances, de la Luisiana y Holandes callan sobre esponsales.

El Sardo en sus artículos 106 y 107 los admite bajo instrumento público ó privado, y con el consentimiento de las personas que hayan de darlo para el matrimonio: contra el que se niega á cumplirlos solo com-

pete accion civil y ante el Tribunal de la prefectura para el resarcimiento de los daños reales, sin miramiento alguno á los eventuales, ni á las cláusulas penales que hayan sido estipuladas. El de Vaud en su artículo 61 los admite otorgándose ante el juez de paz en su audiencia, ó ante notario, ó publicándolos en el púlpito; pero no les da otra fuerza y efecto que la accion de daños é intereses.

El Bávaro, capítulo 6, libro 1, artículo 10, número 2: «las promesas de matrimonio son válidas entre personas capaces de contraer. La negativa á cumplirlas da lugar á un derecho de indemnizacion.»

El Austriaco, artículos 45 y 46: «Una promesa de matrimonio no tiene otra consecuencia legal, que dar lugar á una accion para el resarcimiento de los daños reales que su falta de ejecucion ocasiona.»

El Prusiano, título 1, parte 2, articulo 75 al 105, concede accion para lo mismo, para una satisfaccion legal, multa, y hasta prision, segun las circunstancias.

El Napolitano, artículo 148: «La promesa de matrimonio no tiene efecto legal sino cuando ha sido hecha ante el *oficial del Estado civil* en la forma prescrita en el título 2, capítulo 3. En caso de inejecucion habrá lugar á la reparacion de daños é intereses á favor de la persona que no ha dado motivos razonables para la negativa.»

El Derecho Romano trata de los esponsales como de materia puramente civil; el título 1, Partida 4, sigue en ellos la doctrina canónica.

La ley recopilada 18, título 2, libro 10, dice: «En ningun Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los espresados requisitos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mistos, sino como puramente civiles.»

Los esponsales de futuro eran las mas veces tan funestos á la moral, como contrarios á la santidad del matrimonio, y á la libertad con que debe ser contraido.

En manos de un seductor hábil eran un arma para combatir la virtud de una jóven apasionada ó de inferiores circunstancias: en las de una muger artera é hipócrita de pudor eran un lazo para enredar á un hombre locamente enamorado: mas de una vez, los padres y tutores los empleaban para asegurar sus combinaciones de interés, de ambicion ó vanidad, comprometiendo anticipadamente á sus hijos ó menores.

Eran tambien opuestos á la plena libertad de los matrimonios.

Contra el desposado renuente no podian, segun derecho canónico, emplearse mas que amonestaciones, y al fin las censuras.

«Pero como estas sean el último auxilio de que deba valerse la jurisdiccion espiritual, fué indispensable el establecimiento de la cárcel::

la que, llegando á ser de escesiva duracion influirá en el ánimo, y vendrá á obligar al que sufra la carcelería (por redimirla) á fingir un casamiento, que solo puede preservarle de ella:: La grave dificultad debe fijarse en el tiempo que ha de durar la prision:: En ciertas curias habia *una cadena llamada de los novios*, que debian sufrir hasta ejecutoriarse la causa por tres sentencias conformes; y lo que es mas, despues de vencido, ínterin no se prestase al casamiento, sacándole, cuando accedia á ello, al patio ó á las puertas de la cárcel, sin grillos, para que se dijera que contraia en plena libertad, celebrándose allí los matrimonios:: De esta ridícula libertad han deribado en acto continuo las separaciones, ó á corto tiempo los divorcios, los uxoricidios, el abandono de los mismos esposos, el odio entre estos y sus familias, y la mala educacion de los hijos.» Sr. Elizondo, práctica universal, tomo 7, capítulo 20.

Nuestro artículo 47 corta estos gravísimos inconvenientes, como tambien la delicada *cuestion del hecho y del derecho* en cuanto á la competencia del conocimiento, y los recursos de fuerza, de que habla el mismo autor.

El artículo, propuesto por mí á la Seccion del Código civil y por ella á la Comision general, fué aprobado por esta como base; en sesion de 9 de enero de 1844.

CAPITULO PRIMERO.

De la celebracion del matrimonio.

ARTICULO 48.

El matrimonio ha de celebrarse segun disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España.

Matrimonio entre los Romanos erá *viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens*, párrafo 1, título 9, libro 1, Instituciones: definicion trasladada pesadamente, con el objeto de hacerla mas espresiva, á la ley 1, título 2, Partida 4.

Atendiendo á la intencion del Criador puede definirse, *sociedad indivisible de varon y hembra para haber hijos y educarlos, y para ayudarse mútuamente en todas las vicisitudes de la vida.*

El matrimonio, por su orígen y naturaleza, es un contrato; entre los cristianos es tambien sacramento: como contrato civil, ha precedido á la institucion de todos los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas: su fecha es tan antigua como el hombre.

Como contrato, es de la esclusiva competencia de la autoridad temporal que puede establecer impedimentos aún dirimentes y dispensarlos: así lo vemos practicado por los Emperadores Romanos y otros Príncipes Cristianos: así lo habemos aprendido por las Instituciones, Código y Novelas de Justiniano.

Contrayéndonos á España, hallamos en Casiodoro, libro 7 *variarum*, capítulo 46, la fórmula de la dispensa del parentesco de primos hermanos para matrimonío que daba Teodorico, Rey de Italia, siendo Regente Soberano de España por su nieto Amalarico, menor de edad, desde el año 507 hasta el 526.

En la ley 1, título 5, libro 3 del Fuero Juzgo, promulgada por el Rey Recesvinto (en la version castellana es Flavio Rescindo ó Resceswinto; el original latino dice Chindasvinto, pero el primero, segun el mismo concilio que cito, llevaba ya cinco años de reinado, tres de ellos en vida de su padre Chindasvinto) en el octavo concilio nacional de Toledo año de 653, vemos puesto por aquel Rey impedimentos hasta el sesto grado de parentesco, segun la computacion civil, la sola reconocida en aquel Código, y sobre los que dispensaban los Reyes: lo mismo vemos en la ley 2, título 1, y en la 1, título 2 de dicho libro.

Andando el tiempo, y trascurriendo siglos, el Sacramento se reputó lo principal y el contrato lo accesorio; el primero absorvió al segundo, y todo pasó á la autoridad eclesiástica por delegacion espresa ó tácita de los reyes; pero, como los derechos de la soberanía son inalienables é imprescriptibles, pueden los reyes de España hacer hoy lo que sus antecesores hicieron en otros tiempos, separando el contrato del Sacramento; por consiguiente no podrá argüirse con este artículo para menguar en lo sucesivo aquellos derechos soberanos.

Sobre esta facultad de los príncipes merece ser leido Elizondo, tomo 7, capítulo 5.

Los Códigos Frances, Holandes y de la Luisiana no ven en el matrimonio sino un contrato: los demas lo consideran como Sacramento. El artículo 108 Sardo, es en su fondo igual al nuestro: los 5 y 7 Bávaros, capítulo 6, libro 1, hacen mencion espresa del Concilio de Trento: el 9 Napolitano dice: «los efectos civiles del matrimonio son de la competencia del Juez Seglar; la validez de la celebracion y la forma del acto de la competencia eclesiástica:» el 189 del mismo Código niega todo efecto civil al matrimonio no celebrado en faz de la Iglesia, segun las formas prescriptas por dicho Concilio; pero tambien lo niega al celebrado en presencia de la Iglesia sin haber precedido los actos que segun él han de celebrarse ante el oficial civil, que por cierto no son pocos, é incluye entre ellos la publicacion de proclamas.

«Las disposiciones de la ley en lo concerniente al matrimonio, no

se estienden mas allá de sus efectos civiles y políticos,» artículo 150: «Unicamente bajo este punto de vista arregla la ley la calidad y condiciones de los contrayentes, determina las formalidades que deben preceder, etc.;» artículo 151.

«El rey puede dispensar el impedimento civil de afinidad, ó parentesco en ciertos casos;» artículo 161.

«Las competencias relativas á los efectos civiles del matrimonio son de la competencia de los tribunales ordinarios;» artículo 189: «Estos serán tambien jueces de la buena fé de los contrayentes;» artículo 191 Napolitano.

En la comision del proyecto del Código civil de 1820 se contaban entre otros varones, respetables por su notoria piedad é ilustracion, los señores Garelly, San Miguel (D. Nepomuceno,) y mi carísimo amigo D. Joaquin Rey.

Los artículos 304 al 306 inclusive del indicado proyecto, fueron tomados en su fondo de los 77 al 81 Napolitano, sobre las formalidades que deben preceder á todo matrimonio y practicarse ante la autoridad civil.

Despues de esto, en el 307 se decia: «Es nulo el matrimonio que de hecho se celebrase sin haber precedido el consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304:» y en el artículo 308; «El conocimiento sobre la nulidad del matrimonio por defecto de las solemnidades y requisitos, que para su celebracion exige la ley, pertenece á los tribunales civiles.»

ARTICULO 49.

El matrimonio celebrado entre estranjeros, que sea válido con arreglo á las leyes de su pais, surtirá todos los efectos civiles en España.

Pero los efectos civiles se regularán por lo dispuesto en el artículo 26, aunque no podrá ponerse en cuestion la validez del matrimonio.

ARTICULO 50.

El matrimonio contraido en el estranjero, siendo los dos contrayentes ó uno de ellos español, se regirá por las leyes de España en cuanto á la capacidad é impedimentos dirimentes del español; salvo que si no se hubiese celebrado en presencia del párroco y dos testigos, y los contrayentes vinieren al reino, lo ratifiquen á los dos meses de su venida, debiendo estenderse la correspondiente partida en el libro de matrimonios.

Lo dispuesto en este artículo queda sujeto á lo estipulado ó que se estipulare en los tratados internacionales.

El 170 Frances declara válido el matrimonio celebrado en pais estranjero segun las formas usadas en él, cuando los dos contrayentes ó uno de ellos sean franceses, habiéndose observado lo dispuesto en el Código Frances sobre publicacion de proclamas, edad, consentimiento, mpedimentos y dispensas: segun el 171, á los tres meses del regreso del frances debe trascribirse la partida en el libro ó registro de matrimonios de su domicilio: lo mismo se dispone en los 158 y 159 Holandeses, con la diferencia de estender á un año el término de tres meses: el 77 de Vaud copia al 170 Frances.

Se regirá por las leyes de España, etc.: Es decir, con arreglo al artículo 48, pues sobre la capacidad é impedimmentos dirimentes no hay mas leyes que los cánones de la iglesia católica recibidos en España: sobre la necesidad del consentimiento paterno, etc., regirán las leyes civiles segun lo dispuesto en el artículo 7, pero su falta no invalida el matrimonio.

Lo ratifiquen, etc. Cumpliéndose con este requisito, el matrimonio se tendrá por válido y legal desde su celebracion, al menos en cuanto á los efectos civiles.

Vinieren al reino. Supongamos que un Español haya casado en Francia con una francesa (capaces ambos por las leyes de su repectivo pais) observando las solemnidades del Código civil Frances, y que antes de recibir la bendicion sacerdotal ó *celebrarlo en faz de la Iglesia*, al mes, á los ocho dias, por ejemplo, muere el español, dejando á la francesa en cinta.

El parto se reputará legítimo para heredar en España, y la viuda gozará el concepto y derechos de tal.

Nuestro artículo no exige la ratificacion sino para el caso de regresar: la faz de la Iglesia no es en rigor mas que una solemnidad del acto; el párroco no es mas que un testigo calificado, aunque otros lo creen ministro del Sacramento; y las formas y solemnidades de los actos se rigen por el artículo 10.

Al redactarse este artículo 50 se tuvo presente lo que del 48, que es la regla general, pudiera argüirse en contrario; pero se trata de un caso escepcional, y *para los efectos civiles del matrimonio no hay mas leyes que las civiles.*

Lo dispuesto etc. Al final del artículo 26 observé que su disposicion domina todas las materias de este Código.

CAPITULO II.

De los requisitos civiles necesarios para la celebracion del matrimonio.

ARTICULO 51.

El hijo de familia que no ha cumplido 23 años, y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno.

El 148 Frances señala para las hijas la edad de 21 años cumplidos, y para los hijos la de 25, á pesar de que estos y aquellos son declarados mayores de edad á los 21 en el artículo Frances 488: vé el nuestro 276.

El 163 Napolitano sigue al 148 Frances. El 63 de Vaud señala indistintamente para hijos é hijas la edad de 23 años: el 100 de la Luisiana y el 49 Austriaco solo imponen esta necesidad á los menores de edad, y lo mismo se infiere de el 110 Bávaro, número 4, capítulo 6, libro 1: por el Código Prusiano es necesario el consentimiento del padre legítimo ó adoptivo en toda edad, aunque no se trate de un primer matrimonio, artículo 46 y 97; el 92 Holandes habla solo de hijos legítimos, y no distingue de edad entre varones y hembras.

El Código Sardo, á pesar de que como el Frances rebaja en su artículo 367 la mayor edad á los 21 años, exige para el matrimonio el consentimiento á los hijos é hijas de toda edad, «*d'ogni età*;» artículos 109 y 110.

Por Derecho Romano la falta del consentimiento paterno anulaba el matrimonio sin distincion de edades ni de sexos, párrafo 12, título 10, libro 1. Instituciones y Ley 11, título 5, libro 1 del Digesto: cierto autor canónico ha pretendido con mas sutileza que razon, que en este caso habia *conubio* aunque no matrimonio, *justæ nuptiæ*.

La Iglesia se conformó con el derecho civil hasta el siglo XII en que, so color de favorecer la libertad de los matrimonios, se entronizó la funesta doctrina de que, si bien los hijos faltaban gravemente en casarse sin el consentimiento paterno, los matrimonios, sin embargo, eran válidos.

Pero esta doctrina y práctica no fueron universales: en Francia, por ejemplo, antes, y aun despues del Concilio de Trento, los tales matrimonios continuaron siendo nulos.

En el mismo Concilio los Embajadores del Rey de Francia y el Cardenal de Lorena instaron por la declaracion de la nulidad con arreglo á

la antigua disciplina: sus instancias encontraron desde luego gran favor: el decreto primitivo sufrió alteraciones, pues ademas de exigirse, como antes, la edad de 18 años en los varones, y de 16 en las hembras, se añadió la necesidad del consentimiento paterno; véase á Palavicini, capítulo 8, libro 22.

Mas al fin, por las consideraciones que espone el mismo historiador, y son por cierto bien curiosas, se presentó en 10 de noviembre de 1563 el Decreto de *reformatione matrimonii*, y su capítulo 1.º tales como hoy los tenemos: sobre su inteligencia en Francia puede verse al inmortal D'Aguesseau en su causa ó *alegacion* 30, *tomo* 3.

Segun la ley 8, título 1, libro 3, del Fuero Juzgo, era necesario el consentimiento del padre, y por su muerte el de la madre; faltando esta, el de los hermanos si eran de edad cumplida, y no lo siendo, el del tio paterno.

La ley 3 en el original latino, y 2 en la version Castellana, parece persuadir la nulidad del matrimonio contraido por la hija sin aquel requisito, *hoc ita eam nullo modo facere permittimus: voluntas eorum non habeat firmitatem*:: «aquesto non lo sofrimos por ninguna manera que ella lo pueda facer:: la voluntad daquellos non sea firme;» pero la 8 y 9 del mismo título, y sobre todo la 8, del título 2, limitan la pena á la pérdida de la legítima y nada dicen sobre la nulidad.

Omito mencionar la diferencia que hacen aquellas leyes entre el hijo y la hija, las 5 y 6, título 1, libro 3 del Fuero Real, y la célebre pracmática de 1776 (ley recopilada 9, título 2, libro 1), hecha al parecer con el objeto de escluir de la sucesion de la corona al Infante D. Luis y á su descendencia, enredándole violentamente en su artículo 12, así como las infinitas aclaraciones posteriores hasta la otra pragmática de 10 de abril de 1803 (ley 18) que inutiliza sus mismas mejoras por admitir recursos, aunque estrajudiciales contra el disenso de los padres y de los que los representan en esta materia.

Esta pragmática, á pesar de que la mayoria de edad para todos los demas actos estaba fijada en los 25 años, sin diferencia de sexos, la rebajaba gradualmente en las hembras desde los 23 hasta los 20, segun la clase de personas cuyo consentimiento fuese necesario, y en los varones desde los 25 hasta los 22.

El matrimonio es entre todas las acciónes humanas la mas interesante, y casi decisiva de la felicidad ó desdicha de la vida: debe, pues, rodeársele de todas las precauciones posibles, puesto que el error ó desacierto, una vez cometido, es irreparable.

Para tener derecho á contraer obligaciones, conviene antes conocerlas. Ninguna legislacion abandonó los hijos á sí mismos en la primera edad de las pasiones para dar este paso resbaladizo sobre una alfombra

de flores, que encubre muchas veces un abismo de miserias; y naturalmente hubo de apelar á la intervencion de los padres, tanto por la ternura con que aman á sus hijos, como por ser ellos mismos interesados, *ne ipsis invitis agnascatur suus heres*, ley 2, título 2, libro 22 del Digesto: el nieto ha de llevar el apellido del abuelo, y puede ser su heredero forzoso.

Pero todo hombre, desde que por primera vez abre los ojos á la luz, adquiere derechos y contrae obligaciones; *non tantum parenti cujus esse dicitur, verum etiam Republicæ nascitur*: ley 1., párrafo 15, título 9, libro 37 del Digesto: la edad va desarrollando el ejercicio de unos y el cumplimiento de las otras.

Entre estos derechos uno es el de contraer matrimonio y buscar las dulzuras de padre de familia; la república y la moral tiene tambien un gran interés en la multiplicacion de los matrimonios.

Ha de haber una edad en que la obstinacion de un padre no pueda hacer ilusorios los derechos del hijo y los intereses de la sociedad.

Nuestro artículo se acerca mas al 148 Frances y á la pragmática de 1803, rebajando la edad de las hijas. Por una parte el desarrollo moral suele caminar á la par que el físico, y este se anticipa en las mugeres: por otra, la flor de la juventud se marchita antes cuanto es mas temprana, y las gracias juveniles forman por lo mismo una parte del dote de la mujer, y frecuentemente deciden de un matrimonio ventajoso.

El Código Frances, artículo 151, exige que el hijo, aun despues de cumplida la edad, haga al padre por intervalos intimaciones ó actos respetuosos, pidiendo el *consejo*, no el consentimiento; la ley 9 recopilada en su número 6 ordenaba tambien que los mayores de 25 años pidieran el *consejo paterno*, pero fué derogada en esto por la pragmática de 1803.

Parecia conforme á nuestro artículo 143 restablecer esta muestra de respeto: pero ¿qué buen hijo no la dará cuando alimente la menor esperanza de obtenerla? Si no lo es, ó no alimenta esperanza, solo se conseguirá en aquéllos momentos de exacerbacion del padre, y de pasion del hijo, ensanchar y enconar la herida á fuerza de poner el dedo en ella.

El hijo: no solo el legítimo sino el natural reconocido y adoptivo: vé el artículo 170.

Necesitan: luego lo habian de hacer constar préviamente, y no bastará que el padre, sabiéndolo, no lo contradiga: vé los artículos 389 y 393 del Código penal.

20 y 23 *años.* El hijo ó hija viudos menores de esta edad no necesitarán del consentimiento paterno para repetir matrimonio, porque no son hijos de familia en el sentido legal, ni en el vulgar de la lengua

puesto que no están sujetos á la patria potestad y no se vuelve á recaer en ella despues de haber salido. El artículo 272 no pone á la emancipacion por matrimonio otra limitacion que la del artículo 60, al paso que el 277 impone en los demas casos las de este y del artículo siguiente.

Consentimiento paterno. Basta pedir y obtener el del padre, como gefe y cabeza que es de la familia. El artículo 148 Frances y otros estranjeros ordenan que se pida tambien el de la madre, y que, no habiendo conformidad, baste el del padre: en nuestras leyes y pragmáticas no se prescribia ni debe nunca prescribirse un requisito, cuya omision no surta algun efecto.

Téngase presente que segun el artículo 303 el pródigo sujeto á curador conserva los derechos de su autoridad paterna sobre las personas de sus hijos: así, necesitarán estos para casarse de su consentimiento, aunque para las capitulaciones matrimoniales se haya dispuesto lo contrario en el artículo 306 con referencia al 297.

ARTICULO 52.

En el caso del artículo anterior, si falta el padre, ó se halla impedido, para prestar su consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre; y en su defecto al tutor, con acuerdo del consejo de familia; pero entendiéndose que en este último caso á los 20 años de edad cesa en el pupilo la obligacion de obtener el consentimiento.

En el caso de disentimiento entre el tutor y el consejo de familia, prevalecerá el voto favorable á la celebracion del matrimonio.

El 150 Frances llama despues del padre y de la madre á los abuelos, y provée al caso de discordia entre abuelo y abuela ó entre abuelos de las dos líneas. Segun el 160, en falta de abuelos y abuelas, es necesario el consentimiento del consejo de familias, pero tan solo á los menores de edad.

Casi todos los Códigos están conformes en la intervencion de los abuelos aunque varian en los pormenores de ella; el Bávaro en su artículo 10, número 4, capítulo 6, libro 1.º, llama al tutor cuando hayan muerto el padre y la madre: lo mismo el 99 de la Luisiana: el artículo 49 Austriaco en caso de muerte ó incapacidad del padre, sin hacer mencion de la madre, ni de los abuelos, exige la autorizacion del tutor y la adhesion del tribunal.

La necesidad del consentimiento paterno se fundaba por derecho Romano en la patria potestad; y como la madre no la tenia en ningun caso, tampoco fué absolutamente necesario su consentimiento; pero el juez esploraba su juicio, así como el de los parientes, para el matri-

monio de la hija menor de edad y huérfana de padre, *patris auxilio destituta*, ley 20, título 4, libro 5 del Código.

Los pueblos de orígen Germánico fueron mas galantes con el bello sexo en general y mas justos con las madres: la ley 8, título 1, libro 5 del Fuero Juzgo, proclamó los derechos y dignidad de ellas en casi toda su plenitud, *patre mortuo, utrius que sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistat*: vé lo espuesto en el artículo 164, aqui no hacemos sino aplicarlo. Y como, segun el artículo 168, la madre binuba conserva los derechos de la patria potestad, á ella sola corresponderá dar ó negar el consentimiento. Tampoco fué necesario por Derecho Romano el consentimiento de los tutores, curadores, parientes y afines. Leyes 8 y 20, título 4, libro 5 del Código.

La citada ley del Fuero Juzgo en el caso de morir la madre, ó de repetir matrimonio, daba intervencion á los hermanos de edad cumplida, y en su defecto al tio paterno; este mismo era el órden de la tutela legítima segun la ley 3, título 3, libro 4.

La pragmática de 1776 preferian los abuelos y parientes mas cercanos á los tutores y curadores; la de 1803 daba la preferencia á los abuelos, callando sobre los otros parientes.

Bien pudiera haberse adoptado el órden gradual de nuestras pragmáticas y de casi todos los códigos modernos, llamando á los abuelos despues del padre y de la madre á quienes reemplazan en el órden de la naturaleza: ¿aman por ventura á sus nietos menos que los padres á sus hijos? «Los ascendientes en los diversos grados de progenitura, segun la espresion de Montesquieu, se ven avanzar insensiblemente hácia el porvenir.»

Por otra parte, los nietos en el caso propuesto les son herederos forzosos; y el decoro de la familia ó enlace de los descendientes interesa mas á los ascendientes que á los trasversales.

Asi la naturaleza, el interés y la armonía civil abogan por la preferencia esclusiva de los abuelos sobre los tutores: pero la que se les da en la tutela legítima por el artículo 182, combinada con el párrafo último del presente artículo, viene á llenar este vacío aunque no los hace árbitros absolutos del caso: el órden establecido en el artículo 182 evita las discordias entre abuelo y abuela y entre abuelos de las dos ineas.

Ultimamente, en el caso (que será raro) de haber tutor testamentario, la preferencia vendrá del padre ó de la madre que le nombró: ¿y cómo contrariar este juicio respetable? Aun entonces podrán influir mucho los abuelos como vocales del consejo de familia.

A la madre: por lo dispuesto en el artículo 164, y aunque repita matrimonio; vé el artículo 168.

En este caso: es decir, en el del tutor con el consejo de familia, porque el caso de la madre es enteramente igual al del padre.

Se da igual importancia al voto del tutor que al del consejo, porque tiene en su favor la voluntad del testador, la presuncion favorable de la ley, ó del mismo consejo que le nombró: debe tambien presumirse que el tutor está mejor informado de la fortuna y calidades del menor.

El voto favorable: porque lo es en derecho la causa del matrimonio y generalmente la de la libertad. Sin embargo, es preciso convenir en que esta disposicion favorecerá en algun caso raro las miras de un tutor que por cálculos de interés se empeñe en llevar adelante el casamiento de su menor: su voto será decisivo; en la pragmática de 1803 era aún mayor este inconveniente, pues no se conocia el consejo de familia ni la disposicion de nuestro artículo 55.

ARTICULO 53.

Las personas autorizadas para prestar el consentimiento no necesitan espresar la razon en que se fundan para rehusarla; y contra su disenso no se admitirá recurso alguno.

El Código Frances calla sobre el tenor de este artículo; pero de su silencio se saca necesariamente la misma consecuencia. Segun el artículo 165 Napolitano, el rey puede, con conocimiento de causa, suplir la falta de consentimiento paterno cuando se niegue injustamente: el 112 Sardo concede al hijo que pueda recurrir al Senado, y manda que estas contestaciones sean examinadas y juzgadas á puerta cerrada, sin formalidades de autos, con la mayor celeridad y atendiendo solo á la verdad de los hechos: el 90 Holandes solo concede recurso judicial, cuando por no haber padre, madre ni abuelos, es necesario el consentimiento del tutor y protutor, y los dos, ó uno de ellos, lo nieguen: el 68 Prusiano, parte 2, título 1, concede simple y generalmente recurso judicial para que se declare si es ó no legítima la negativa.

Segun la ley 39, título 2, libro 23 del Digesto, el padre que injustamente prohibia á sus hijos casarse, podia ser obligado por el magistrado á hacerlo; y añade la ley que prohibe el que no quiere dotar, *et qui conditionem non quærit.*

«Los padres, madres, abuelos y tutores no tienen que dar razon de las causas que hayan tenido para negarse á consentir.» Pragmática de 1803 ó ley recopilada 18, título 2, libro 10; pero luego lo hecha á perder todo, admitiendo recursos informativos, casi tan funestos como los admitidos en los artículos 9 y siguientes de la pragmática de 1776 (Ley 9) y que con tanta impropiedad se llaman tambien informativas en la misma.

Nuestro artículo corta estos recursos escandalosos, evita mejor que dicha Pragmática *difamaciones de personas* ó familias que en último resultado se identificaban, porque era muy raro el caso en que se declaraba por racional el disenso, y de este modo una niña de 15 años con un seductor hábil se burlaba de la ley y de la naturaleza.

Rebajada la edad á los términos del artículo 51, el legislador debe descansar enteramente en el amor y la prudencia de las personas, cuyo consentimiento se requiere: cumplida aquella edad prevalecen los intereses de la sociedad y la libertad individual para egercer uno de sus mas preciosos derechos.

ARTICULO 54.

Lo dispuesto en el artículo 51 es aplicable á los hijos naturales reconocidos. Si lo hubiesen sido por padre y madre corresponde primero al padre y en su defecto á la madre; si por uno solo, corresponde al que lo reconoció.

A los gefes de las casas de Espósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los hijos naturales recogidos y educados en ellas.

Los hijos naturales no reconocidos y que tampoco se hallen en una casa de Espósitos, necesitan para casarse el consentimiento del alcalde del pueblo en que residieren, del que podrán recurrir á la autoridad superior administrativa de la provincia en caso de disenso.

En los casos de los dos párrafos anteriores de este artículo podrán casarse libremente los hijos naturales desde que sean mayores de edad.

El primer párrafo está conforme con el artículo 158 Frances: en el 159 se dispone que el hijo natural no reconocido, y tambien el reconocido, cuyos padres hayan muerto ó no puedan manifestar su voluntad, no pueda casar antes de cumplir 21 años sin el consentimiento de un tutor que se les nombrará *ad hoc*. Lo mismo los 172 y 173 Napolitanos, 67 de Vaud y 97 Holandes: los 45 y 47 Prusianos, título 1, parte 2, prescriben la necesidad del consentimiento paterno á los hijos naturales y á los adoptivos.

La legislacion Romana y patria no lo exigian en los hijos naturales porque era un efecto ó derecho de la patria potestad y no la concedian sobre ellos.

Nuestro artículo es en este punto una consecuencia forzosa del 170, y aun cuando no lo fuera, el legislador no podria menos de abrazar en su prevision y solicitud á esta clase de hijos, menos favorable que la de los legítimos, pero á quienes la misma ley se complace en recono-

cer un padre ó madre, creando entre ellos derechos y obligaciones.

Es tambien consecuencia del citado artículo 170, que la disposicion de este 54 alcance tambien á los adoptivos, aunque el caso será muy raro.

Y como segun el artículo 268 ha de haber un consejo de tutela para los hijos naturales, se entenderá para con el tal consejo y el tutor todo lo dispuesto en el artículo 52 para igual caso respecto de los hijos legítimos.

A los gefes de las casas de Espósitos: porque estosno tienen padres, ni familia, y los gefes son sus tutores: vé el artículo 271: los espósitos pueden sin grande impropiedad ser considerados como hijos adoptivos de la caridad ó beneficencia pública representada por los gefes de los establecimientos.

En este caso y, si cabe mas, en el del párrafo siguiente falta el fundamento Romano de la patria potestad y el de *ne patri invito heres suus agnascatur*; falta igualmente el principal de nuestras pragmáticas que era la conservacion del honor y lustre de las familias. Pero como un mal matrimonio perjudica siempre al estado, segun la espresion de la pragmática de 1776 en su artículo 8, el legislador debe guardar á los huérfanos de todas clases contra su inesperiencia y pasiones en el acto mas importante de la vida para ellos, y al mismo tiempo de un interes general.

Las escepciones de darse en un caso recurso á la autoridad superior, y de rebajarse la edad en los dos á 20 años, es decir, á la simple mayoria, se fundan en la falta de las consideraciones mencionadas: el artículo 159 Frances y nuestra pragmática de 1803 rebajaron la edad por motivos parecidos.

ARTICULO 55.

Se prohibe el matrimonio entre el tutor ó curador y sus hijos descendientes con la persona que tiene ó ha tenido en guarda, mientras que fenecida la tutela no haya recaido la aprobacion de las cuentas de su cargo.

El 157 Napolitano dice: «Se prohibe al oficial civil recibir la promesa solemne de matrimonio entre el tutor ó sus hijos y el menor ó la pupila durante la tutela, y antes de la rendicion de cuentas, á menos que el tribunal no lo haya autorizado con conocimiento de causa, y despues de haber oido al ministerio público: el 14 y 968 Prusiano, título 1, parte 2, declaran nulos los matrimonios contraidos durante la tutela por un tutor ó sus hijos con su pupila sin la previa autorizacion del tribunal pupilar.

Tutor vel curador adultam uxorem ducere non potest, nisi á patre desponsa destinatave testamentove nominata conditione nuptiis secuta fuerit. Ley 36; *senatus consulto quo cautum est, ne tutor pupillam, vel filio suo, vel sibi nuptam collocet, etiam nepos significatur.* Ley 59, titulo 2. libro 23 Digesto.

La prohibicion no se estendia al menor, y así podia este casarse con la hija de su tutor ó curador. Leyes 5, título 6, libro 5 del Código y 64, párrafo 2, título 2, libro 23 del Digesto. En esta misma ley, y en las 6 y 7 del Código, titulo y libro mencionados, se da la razon de la prohibicion y la de su diferencia: *ne pupillæ in re familiari circumscribantur ab his qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur*; pero el varon, como gefe de la familia, podia siempre pedir las cuentas.

La ley 6, título 17, Partida 7, recapituló puntualmente las leyes romanas con la misma diferencia entre el varon y la hembra, fundándose en las mismas razones.

En nuestro artículo no se hace esta diferencia que hasta ahora habia parecido razonable y fundada: se ha temido del influjo que la hija del tutor, muger ya del menor, pudiera egercer sobre este en punto á la rendicion de cuentas.

No encuentro esta prohibicion en el Código Frances, cuyo artículo 472, ó 264 nuestro, no se refiere en manera alguna á ella. Tal vez no se creyó necesaria, porque en defecto de ascendientes toca, segun el artículo 160 Frances, á solo el consejo de familia dar el consentimiento para el matrimonio del menor, pero en nuestro artículo 52 se da al tutor una parte tan principal como al consejo, y en ciertos casos puede aquel llegar á ser árbitro del matrimonio, segun he observado en dicho artículo.

Entre el tutor ó curador. No se olvide que la curaduria no puede tener lugar sino en mayores de edad, ó de 20 años cumplidos, segun el artículo 268: vé el 392 del Código penal.

ARTICULO 56.

La viuda no podrá casarse hasta trescientos un dias despues de la muerte de su marido; y si quedase en cinta podrá hacerlo despues del alumbramiento.

Esta disposicion es aplicable al caso en que la separacion de los cónyuges se verifique por haberse declarado nulo el matrimonio.

Es el 228 Frances, 134 de la Luisiana, el 145 Sardo y 91 Holandes: los 20 al 24 Prusiano, título 1, parte segunda, solo exigen un intervalo de nueve meses, y permiten al juez abreviarlo en ciertos casos: el 120

Austriaco exige seis meses, permitiendo que puedan reducirlos á tres segun las circunstancias: el 25 Bávaro, capítulo 6, libro 1, permite á la viuda repetir matrimonio desde el momento de haberse disuelto el primero.

Por Derecho Romano esta prohibicion duraba antiguamente los mismos diez meses de nuestro artículo; despues se estendió hasta un año que se llamaba de *luto*, ley 2, título 9, libro 5 del Código, y aunque habia penas contra la infraccion, el segundo matrimonio subsistia: en las mismas incurria la que daba á luz un hijo en el dicho período, si constaba no serlo de su anterior marido, porque la *lujuria no debe ser de mejor condicion que la castidad.*

La ley 1, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo, adoptó igualmente el año, á menos de preceder dispensa del príncipe, y comprendia en las penas á la que en dicho término *adulterium fecerit.*

La 3, título 12, Partida 4, copió en todas sus partes la del Fuero Juzgo, traduciendo justamente el *si adulterium fecerit* de este en «si ficiese maldad de su cuerpo:» al mismo tiempo reconoció que el derecho canónico no admitia tal prohibicion ó impedimento.

La recopilada 4, título 2, libro 10, que es de D. Enrique III, derogó las del Fuero Juzgo y Partida.

El artículo se funda en poderosas consideraciones de utilidad pública, de moral y delicadeza. La principal es el temor ó peligro de la turbacion ó confusion de la sangre, de que se ingiera en una familia el que realmente no pertenece á ella, y que uno pueda pasar por hijo de dos padres segun mas convenga á él, ó á una madre codiciosa.

Yo he fallado en el Supremo un pleito curiosísimo en que se tocaban estos inconvenientes.

La Baronesa de::, viuda, repitió matrimonio y dió á luz un hijo antes de haberse cumplido diez meses desde la muerte de su primer marido, y seis desde la repeticion del matrimonio: podia, pues, el hijo segun las leyes pasar por legítimo del primer marido, y en ninguna manera del segundo: sin embargo, fué bautizado como hijo de este, y habido siempre como tal por el padre y por la madre que fallecieron antes del pleito, siendo ya el hijo mayor de edad.

Pero entre la muerte del primer marido y el reconocimiento del hijo habian corrido mas de seis meses, de modo que podia ser hijo natural del segundo al tiempo de la concepcion, y legitimado, aun antes de nacer, por el subsiguiente matrimonio.

Este último concepto prevaleció, y segun él se dió la sentencia por ser mas conforme á la constante voluntad de los difuntos padres y del hijo, sostenida por una larga posesion de estado, y porque los términos legales de seis y diez meses, ó del artículo 101, como apoyados en

la marcha constante de la naturaleza, se entienden con todos los hijos, sea cualquiera su denominacion; verdad que ha sido trasladada al artículo 125.

Todos los autores aconsejan que en cuestiones de esta especie se guien los tribunales por el interes del hijo y principalmente por las circunstancias, que casi siempre harán atribuir el hijo al segundo marido.

Algunos opinan, y yo con ellos, que se conseguiria el principal objeto de la ley, *ne sanguis commisceatur*, reduciendo á seis el término de diez meses.

Este artículo se halla en armonía con el 101: la viuda contraventora será castigada con arreglo al artículo 390 del Código penal.

¿Podrá el Rey dispensar las prohibiciones ó impedimentos del artículo anterior y de este?

Podia por Derecho Romano, por el Fuero Juzgo y Partidas: no puede por todos los Códigos modernos que han adoptado estas disposiciones: las circunstancias de los casos pueden variar mucho, y alejar todo temor é inconveniente.

Yo entiendo que convendria conceder por una ley á la Corona esta prerogativa: podria abusarse de ella, pero puede abusarse de todo, aun de lo mas santo y útil.

Ultimamente advierto, que no se habla aquí de la privacion de efectos civiles en los casos de contraerse matrimonio contra lo prevenido en este capítulo (á pesar de haberlo hecho otros Códigos modernos), porque no se ha hablado de ella en el capítulo 2, título 12, libro 2 del Código penal, y recaeria sobre la prole inocente, y porque, segun el artículo 672, es ya caso de desheredacion; á lo que vino á reducirse la pragmática de 1776.

CAPITULO III.

De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

SECCION PRIMERA.

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE MARIDO Y MUGER.

ARTICULO 57.

Los cónyuges están obligados á vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mútuamente.

212 y 214 Franceses, 201 y 203 Napolitanos, 125 y 127 Sardos,

114 y 116 de Vaud, 158 y 161 Holandeses, 121 y 123 de la Luisiana.

Individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ. Ley 1, título 2, libro 23: *¿quid tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse?* Ley 22, párrafo 7, título 3, libro 4 del Digesto. La obligaçion de cohabitar era tan estrecha en la muger que, *si, nolente marito, foris domum manserit*, era justa causa de divorcio, Novela 117, capítulo 8.

«Con tal entencion de bevir siempre en uno, é de non se departir, guardando lealtad el cada uno dellos al otro :: Siempre deven bevir en uno :: si alguno de los casados cegasse, ó se fiziese sordo ó contrecho, ó perdiese sus miembros por dolores etc., aunque se fiziese gafo (leproso), non deve el un desamparar al otro :: ante deven bevir todos en uno, é servir el sano al otro, é proveerle de las cosas que menester le fizieren : segun su poder:» leyes 1 y 7, título 2, Partida 4.

Vivir juntos: vé la escepcion del artículo 58.

Fidelidad. Sin embargo, las leyes son mas indulgentes, ó menos severas, con el marido que con la muger infiel: vé los artículos 549 y 353 del Código penal.

El adulterio de esta convierte en heredero forzoso á un estraño; y supone siempre mayor corrupcion, *neque foemina, amissa pudicitia, alia abnuerit*, Tácito núm. 3, libro 4 de sus Anales.

«Todas las naciones, ilustradas en este punto por la esperiencia y por una especie de instinto, han creido, como de comun acuerdo, que el sexo mas amable debe tambien para dicha de la humanidad ser el mas virtuoso.« Discurso 15 Frances al artículo 213.

Socorrerse mútuamente. En esta obligacion entra la de los alimentos, como que son el único socorro contra la necesidad mas grave y apremiante. De este supuesto parten los artículos 1336 y 1338.

El artículo 128 Sardo es mas esplícito. «La muger debe mantener al marido, cuando este no puede ocurrir á ello por sí mismo:» acerca de la obligacion del marido no podia haber duda.

ARTICULO 58.

El marido debe protejer á la muger y esta debe obedecer al marido.

El 213 Frances, 202 Napolitano, 126 Sardo, 115 de Vaud y 122 de la Luisiana.

El marido, «como señor y cabeza de la muger», segun la ley 12, título 23, Partida 7, es mas fuerte y gefe de la sociedad conyugal: debe, pues, proteger y ser obedecido. Leyes 22, párrafo 8, título 3, libro 24 y 2, título 10, libro 47 del Digesto; *defendi uxores á viris, non viros*

ab uxore æquum est; dice la ley 2: contra *receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est*, ley 14, párrafo 1, título 3, libro 24 del Digesto.

Competia ademas al marido el derecho *modice castigandi uxorem*, segun la Novela 117, capítulo 14 y otras leyes que cita Gotofredo al comentarla; y yo entiendo que debe competirle en cuanto sea necesario para mantener el buen órden de la familia, del que es responsable: al que se impone una obligacion, se le conceden los medios necesarios para desempeñarla.

Obediencia. Si el marido, mas fuerte por su sexo, y como gefe y cabeza de la familia, por la ley debe proteger á la muger, síguese que esta deba obediencia al marido. Es un homenage tributado al poder protector, y una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal que no podria subsistir si uno de los esposos no estuviera subordinado al otro.

ARTICULO 59.

La muger está obligada á seguir á su marido, donde quiera que este fije su residencia.

Los tribunales podrán, con conocimiento de causa, eximirla de esta obligacion, cuando el marido traslade su residencia á Ultramar ó pais estranjero.

Su primer párrafo está en el 214 Frances, 203 Napolitano, 127 Sardo, 116 de Vaud, 161 Holandes, y 123 de la Luisiana.

Es una consecuencia de los dos artículos anteriores: *marido y muger deben vivir juntos; la muger debe obediencia al marido.*

Deberá, pues, seguir la muger al marido aun cuando el cambio de residencia ó domicilio sea *necesario*; por ejemplo, en caso de relegacion ó destierro: el pacto anterior contrario á este artículo seria nulo por inmoral y contrario á los fines y obligaciones del matrimonio.

Ademas, el que está á lo provechoso ó favorable, debe estar á lo incómodo ó desfavorable, la 10 de *regulis juris*, «y las mugeres hán las honras é las dignidades de su marido despues de muerto»; ley 7, título 2, Partida 4; ¿cómo, pues, no le seguirán en las vicisitudes y desgracias de la vida?

Los *tribunales*. Segun la opinion de algunos autores, la muger no está obligada á seguir al marido con peligro de su vida; por ejemplo, embarcándose; y de aquí procede que no se admitan memoriales de hombres casados en solicitud de plazas ó destinos de ambas Américas sin escritura formal de las mugeres, dándoles licencia para aquellas solicitudes, obligándose á seguirles, lograda que sea la colocacion de los maridos. Señor Elizondo, tomo 7, página 166, y puede verse tambien sobre lo mismo el título 3, libro 7 de las Leyes de Indias.

Nuestro artículo hace una escepcion que no encuentro en los Códigos estranjeros; pero es para los dos casos mas graves que pueden ocurrir y justificarla: los tribunales deberán ser muy circunspectos y económicos en el uso de esta facultad discrecional.

ARTICULO 60.

El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; pero, siendo menor de 18 años, necesitará del consentimiento de su padre, y en defecto de este, del de la madre, y por falta de ambos, de la autorizacion judicial para todos los actos que, con arreglo al artículo 1003, deben redactarse en escritura pública, y para demandar y defenderse en juicio.

En cuanto á la administracion, conforme con los 1421, 1428 y 1549 Franceses, 1362, 1396 y 1399 Napolitanos, 1530 y 1578 Sardos, 2350 y 2373 de la Luisiana, 1063 de Vaud, 160 y 179 Holandeses.

Por Derecho Romano el marido tenia la administracion de los bienes dotales, y era considerado señor de ellos, á las veces con dominio revocable, y otras con irrevocable, segun se diesen ó no estimados con estimacion qué causase venta; pero segun la ley 8, título 15, libro 5 del Código, no podia de modo alguno mezclarse en los bienes parafernales ó estradotales de la muger contra la voluntad de esta, *quamvis bonum erat* (añade juiciosamente la misma ley) *mulierem quæ se ipsam viro committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari.*

La ley 17, título 11, Partida 4, copió la disposicion de esta y otras leyes Romanas, «Siempre finca la muger por señora de ellas.»

A pesar de la letra espresa de las leyes la consideracion moral de la Romana habia prevalecido en la práctica; y con mayor razon debió ser asi entre nosotros, despues de admitida la sociedad conyugal de gananciales. Solo en el caso de haberse pactado espresamente en las capitulaciones matrimoniales, podrá darse lugar á la disposicion legal sobre bienes parafernales: caso rarísimo y nada conforme á la índole del matrimonio.

Véanse los artículos 1240, 1272, 1276 y 1333: no reconocemos bienes parafernales: el marido es administrador legal de todos los del matrimonio; todo pacto en contrario será nulo.

La ley recopilada 7, título 2, libro 10, sin hacer caso de aquella chocante distincion de bienes, dispuso que el varon que casase antes de los 18 años (en entrando en ellos) pueda administrar su hacienda y la de su muger sin necesidad de Vénia.

Nuestro artículo favorece al matrimonio mas que la ley recopilada, pues combinado con el 272 habilita al marido para administrar aun an-

tes de los 18 años: aquella le dejaba en incapacidad absoluta: el artículo la limita á los actos enumerados en el 1003.

No es necesario advertir que la viuda, menor de 18 años, queda sujeta á la disposicion de este artículo hasta que los cumpla.

Por la ley recopilada bastaba haber entrado en ellos; por nuestro artículo no, para guardar armonía con los 275 y 276 en que se requiere la misma edad para la emancipacion, surtiendo ésta la misma plenitud de derechos que la mayor edad con una sola escepcion.

ARTICULO 61.

Corresponde á la muger la administracion de los bienes del matrimonio ó solamente de los dotales, en los casos previstos en el capítulo 3, título 6, libro 3 de este Còdigo.

Este artículo como de simple referencia no necesita comentarios: vé los artículos 1358, 1363 y 1365.

ARTICULO 62.

El marido es el representante legítimo de su muger.

Esta no puede sin su licencia, comparecer en juicio por sí, ni por medio de procurador.

215 Francés, 204 Napolitano, 165 de Vaud, 129 Sardo, 188 Prusiano, 25 Bávaro, capítulo 6, libro 1: el 125 de la Luisiana esceptúa á la muger divorciada.

El Derecho Romano está perplejo y oscuro sobre este y los siguientes artículos. A pesar de que por derecho antiguo la autoridad marital distaba muy poco de la pátria potestad, se deduce de el título 12, libro 4 del Código, y de la ley 14, título 13, del mismo libro, que la muger podia obligarse y presentarse por sí misma en juicio. Esta perplejidad puede esplicarse por la division de los bienes de la muger en dotales, parafernales y recepticios.

Las Partidas guardaron silencio. Las leyes de Toro, hechas para aclarar y fijar puntos antes dudosos, han sido, son, y probablemente serán siempre, la regla y pauta en esta materia.

Generalmente las mugeres miran el matrimonio como la conquista de su libertad, y no se engañan bajo ciertos puntos de vista sociales; pero bajo el aspecto legal, la muger casada, como por un comun acuerdo de todos los legisladores, viene á ser una verdadera menor de edad. Tal es el concepto que se le da en este y los siguientes artículos, asi como en el 826 y en el 987.

El marido, gefe y director de la familia, administrador de todos los bienes del matrimonio y responsable de ellos, es á quien compete demandarlos ó defenderlos en juicio. Lo contrario seria una perturbacion del órden doméstico en lo moral y civil, un contra principio en buena legislacion. Fuera de que la contestacion del pleito es considerada como un casi contrato, y la muger no puede obligarse civilmente por sí sola.

Sin licencia: el artículo en su primera redaccion decia *especial*; pero fué suprimido este adjetivo.

La ley recopilada 11, título 1, libro 10, (55 de Toro), decia simplemente como nuestro artículo « sin licencia de su marido, » y la 12 (56 de Toro), para alejar toda duda, añade: «El marido pueda dar licencia general á su muger para hacer todo aquello que no pódia facer sin su licencia:» la 14 (58 de Toro) da igual fuerza á la ratificacion general que á la especial del marido.

Cierto es que el artículo 223 Frances, copiado en el 137 Sardo y en otros estranjeros, rechaza la autorizacion general; mas, á pesar de tan respetable autoridad, el artículo está redactado en el espíritu de nuestras antiguas y sabias leyes de Toro, segun las que deberá entenderse y aplicarse.

En los tres discursos franceses, números 15, 16 y 17, no solo no se funda, pero ni aun se menciona el artículo 223; el comentario de Rogron es tan insignificante como el silencio.

Si se tratara de autorizar á la muger por pactos ó estipulaciones, aun matrimoniales, para lo que tiene prohibicion de hacer sin licencia del marido, vendria bien el invocar las consideraciones generales de órden ó interés público, y la regla consagrada en nuestro artículo 11, que son el fundamento de los 1239 y 1240.

Pero en tal caso tan nula seria la autorizacion especial como la general, segun los citados artículos, y por esto opinaron los autores ser nulo el pacto matrimonial, autorizando á la muger para que pueda comparecer en juicio sin licencia del marido.

Trátase aqui de autorizacion voluntaria y revocable. ¿Y por qué no ha de poder un marido ausente ó impedido dar esta prueba de aprecio y confianza á la muger que se ha hecho digna de ella por su aplicacion y prudencia; á la muger, cuyos intereses apenas pueden dividirse de los suyos? ¿Se negará á la sociedad conyugal lo que no podria negarse á otra sociedad cualquiera?

¿Qué perjuicios ó malos efectos han resultado de la ley 12 recopilada, ó 56 de Toro? Ninguno; los autores la encuentran tan razonable, y conforme á derecho, que apenas se ocupan en comentarla.

El que puede autorizar para muchas cosas separadas puede hacerlo

en general para todas ellas: *in toto et pars continetur:: semper specialia generalibus insunt;* las 114 y 147 de *regulis juris.*

Por la necesidad de licencia especial se cerraria directamente la puerta á la ratificacion, y por otro lado quedaria abierta, negando al otro contrayente capaz, como se le niega en el artículo 1186, la alegacion de nulidad.

Se escluiria tambien el consentimiento tácito del marido contra las disposiciones generales y constantes de derecho, que dan igual eficacia á uno y otro consentimiento: ley 5, título 4, libro 5 del Código y 20, título 22, Partida 5.

¿Podrá el marido demandar y responder en juicio sobre cosas de la muger contra la voluntad de esta?

Sí: porque la muger tiene el concepto de menor de edad; porque el marido es *como* su curador, el gefe de la sociedad, el responsable por la ley á la muger y á sus herederos.

Algunos Códigos (Vaud, artículos 1667, 1068; Frances, artículo 1428) le conceden que pueda intentar por sí las acciones personales (mobiliarias segun otros) y las posesorias sobre inmuebles, reservando las petitorias á la muger debidamente autorizada; sin embargo, lo comun y corriente en la práctica es que marido y muger obren unidamente en juicio.

ARTICULO 63.

Tampoco puedé la muger, sin licencia ó poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enagenar sus bienes, ni obligarse.

Esta disposicion ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el título 6, libro 3 de este Código.

117 Frances, 163 Holandes y 124 de la Luisiana: el 119 de Vaud exige ademas la autorizacion de dos de sus mas próximos parientes; el 206 Napolitano añade: «Sin embargo, será válida, aun sin la autorizacion del marido, la donacion hecha por la muger á un hijo natural, ó que ella haya tenido de un matrimonio anterior.» El 130 Sardo, en el caso de ser la muger casada menor de edad, exige ademas la autorizacion del tribunal para todos los actos de que se habla en los artículos 361 y 362, segun se prescribe para los menores habilitados.

La ley 11 recopilada, título 1, libro 10 (55 de Toro), prohibió á la muger todo contrato ó cuasi contrato, y apartarse de los anteriores: la 14 (58 de Toro) le prohibió repudiar la herencia, permitiéndole aceptarla con beneficio de inventario: vé el artículo 826.

Segun la ley 12, título 23, Partida 1, la muger no podia hacer li-

mosna á los pobres sin voluntad de su marido, á no ser de los comestibles que ella tiene en guarda para el gasto de la casa segun costumbre de la tierra; y aun de estos debia hacerla mesuradamente: podia, no obstante, hacerla de los bienes parafernales, cuyo dominio y administracion conservase.

El Fuero de Navarra, capítulo 3, título 2, libro 4, y capítulo 14, título 12, libro 3, estaba aún mas especial: la muger no podia obligar al marido sino hasta la cantidad ó valor de una fanega de trigo ó harina para comer en su casa: fuera de este caso, hasta el valor de media fanega de salvado.

Los autores agitan esta misma cuestion: *¿Pueden las mugeres obligar á sus maridos en lo tocante á la economía ó gobierno doméstico de que están encargadas espresa ò tácitamente por ellos?*

Generalmente opinan por la afirmativa; pero dejan un ancho campo al discreto arbitrio del juez para que, pesando todas las circunstancias del caso y las de las personas ó familia, declare válida ó nula la obligacion.

Fúndanse los autores en que las mugeres obran por delegacion ó autorizacion espresa ó tácita de los maridos, que no pueden ó no quieren correr por sí mismos con el gobierno doméstico.

Esta cuestion se halla resuelta afirmativamente en el artículo 1287: vé lo en el espuesto sobre las palabras, *al importe de los gastos diarios.*

La muger casada, mayor de 20 años (aun cuando la minoría duraba hasta los 25), podia ejercer el comercio, y obligarse en los términos que espresan los artículos 5, 6 y 7 del Código de Comercio: los 220 Frances y 136 Sardo son todavía mas latos y esplícitos en este punto.

Aunque la muger casada no pueda obligarse, ni obligar á su marido, es claro que ambos á dos quedarán obligados en cuanto se hayan enriquecido por la obligacion: la muger no puede ser de mejor condicion que el menor de edad, y la equidad ó derecho natural no permite *neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri*, segun la 206 de *Regulis Juris*; 17, título 34, Partida 7; vé los artículos 1102 y 1191.

Supuesta la nulidad de la obligacion contraida por la muger, no podrá esta ser compelida á su cumplimiento, aun despues de disuelto el matrimonio; pero como la nulidad no puede ser alegada por el otro contrayente capaz, segun el artículo 1186, quedará este obligado al marido y á la muger, siguiendo la comparacion de los menores de edad que, sin quedar ellos obligados, obligan á otros, y pueden por sí solos hacer mejor su condicion, *ipsi quidem, qui cum his contrahunt obligantur; at invicem pupilli non obligantur*, Instituciones, testo del título 20, libro 1, y ley 17, título 16, Partida 6: véanse el artículo 1102

y los en él citados 1186 y 1191, en los que se halla sancionada esta doctrina.

Y á esto es consiguiente que, si el marido murió ignorando la obligacion contraida por su muger, pueda esta pedir el cumplimiento, pero no cuando aquel la supo y desaprobó en vida.

Ni lucrativo: porque aun en este caso pueden imponerse condiciones, cuya dificultad ó dureza no alcance la muger á apreciar debidamente; y por otra parte la moral pública, la santidad y paz del matrimonio se resentirian de que la muger pudiera adquirir por título lucrativo sin saberlo y aprobarlo su marido. Pero no se olvide el correctivo del artículo siguiente: los tribunales tienen la facultad de suplir el irracional disenso del marido.

Ni obligarse: luego tampoco podrá sin licencia del marido apartarse de las obligaciones anteriores, como dispuso la ley 55 de Toro con mayor espresion que este artículo, porque *contrariorum eadem est ratio*; la misma capacidad y libre administracion de sus cosas se requiere para lo uno que para lo otro; y en ambos á dos casos se atraviesan los mismos perjuicios y peligros.

No podrá, pues, la muger remitir su derecho ó crédito anterior y ni aun quedará libre el deudor con pagarle, ignorándolo el marido, sino en cuanto este ó la muger *locupletiores facti sunt*, segun dejo arriba notado para todos los casos, y se halla establecido para este en el artículo 1102.

Pero la falta de licencia marital no escusa á la muger de quedar obligada naturalmente; y por lo tanto no podrá reclamar lo que, disuelto ya el matrimonio, haya pagado á consecuencia de esta obligacion natural: artículos 1187 y 1895.

Sin embargo, el marido podrá reclamar lo pagado por su muger sin su licencia, porque no es persona hábil para hacer pagos segun el artículo 1038, sea cualesquiera el título y origen de la deuda, á menos que el acreedor tuviera accion civil para compeler al marido á su pago en el momento mismo que fué hecho: ¿á qué podria conducir en este caso la reclamacion? Puede verse la ley 14, párrafo 8, título 3, libro 46 del Digesto.

Esta disposicion: vé sobre todo los artículos 1280, 1281, 1282 y 1287.

ARTÍCULO 64.

Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden suplir la falta de la licencia marital, requerida en los dos artículos precedentes, cuando el marido sea menor de 18 años y carezca de padres; ó cuan-

do siendo mayor se halle ausente ó impedido, ó la rehuse sin motivo fundado.

218, 219, 222 y 224 Franceses, solo que este último requiere la autorizacion judicial para que la muger pueda comparecer en juicio, ú obligarse siempre que el marido sea menor, sin distinguirse si ha cumplido ó no los 18 años: en nuestro artículo no podia menos de hacerse esta distincion por lo ya dispuesto en el 60.

207, 208, 211 y 213 Napolitanos, 126, 127 y 129 de la Luisiana, 167 Holandes; el 134 Sardo lo resume todo, exigiendo la autorizacion del tribunal cuando el marido la niega, ó no puede darla por ser menor de edad, aunque habilitado ó emancipado, por estar ausente ó bajo interdiccion, ó condenado, aunque sea en contumacia, á una pena de mas de un año de prision, ó á otra mas grave; el 129 Sardo la exige en todos los actos judiciales en que los intereses de marido y muger sean opuestos: el 120 de Vaud, siempre que la muger se obligue en provecho del marido.

Las leyes recopiladas 13 y 15, título 1, libro 10 (57 y 59 de Toro), disponian lo que nuestro artículo para el caso de estar ausente el marido sin esperanza de próximo regreso, ó de haber peligro en la tardanza, ó de no querer dar la licencia estando presente.

No hablaban, pues, del caso de estar impedido, ni es fácil adivinarlo sino en el caso de interdiccion por las causas espresadas en el título 10, ó por condenas judiciales: para uno y otro habrá de estarse á lo dispuesto en los 1363 y siguientes.

La muger casada mayor de edad, ó de los 18 años, no tendrá en su persona y cosas, ni en las del matrimonio, otras restricciones que las allí puestas, ó que los tribunales les impongan en uso de sus facultades, y cesará la disposicion de este artículo: siendo menor de los 18 años, quedará bajo la disposicion del artículo 60, pues todo lo que puede concedérsele y se le concede en el 1364 es que tenga las mismas facultades que el marido, y este, siendo menor de 18 años, no puede demandar ni defenderse en juicio sino con sujecion á lo dispuesto en el 60: vé lo espuesto en el 1363.

ARTICULO 63.

La muger no necesita licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar ó defenderse en los pleitos con su marido:

El 216 Frances se limita á la primera parte de nuestro artículo; le siguen el 205 Napolitano, 166 Holandes: el 131 Sardo dice: «En los actos judiciales en que los intereses del marido puedan estar en oposi-

cion con los de la muger, será igualmente necesaria la autorizacion del tribunal.»

La ley recopilada 11 (55 de Toro) tampoco hablaba sino en materia civil: los fueros del marido deben desaparecer ante los de la sociedad; y la necesidad de la defensa natural dispensa á la muger de toda formalidad.

De consiguiente, si la muger es condenada en penas pecuniarias, tendrá el marido que pagarlas desde luego hasta donde alcancen los bienes de la misma muger: habiendo gananciales, se observará lo dispuesto en el artículo 1331.

Para defenderse, etc.: luego para acusar ó demandar criminalmente le será necesaria la licencia del marido: la defensa es de *necesidad*; la acusacion *voluntaria*.

En los pleitos con su marido. En igualdad de caso á los menores de edad se les proveia de un curador *ad hoc* segun el Derecho Romano y Patrio: nosotros cargamos con esta obligacion al protutor en el artículo 188.

La muger casada tiene, como antes de ahora he observado, el concepto general de menor de edad; y por lo mismo parece que en estos casos deberia obtener autorizacion judicial y aun nombrársele curador, si ademas fuera menor de edad.

Aqui hay *impedimento* legal y repugnancia natural para que el marido dé ó niegue la licencia, porque se trata de su interés personal en oposicion con el de su muger: deberia, pues, regir la disposicion del artículo anterior para el caso de «se halle impedido.»

Mas por lo mismo que el impedimento y repugnancia son tan evidentes, el tribunal no puede tomar conocimiento de nada, ni es árbitro de conceder ó negar la autorizacion: conviene por lo tanto evitar un círculo vicioso.

Si la muger no hubiese cumplido los 18 años regirá con ella la disposicion del artículo 60.

ARTICULO 66.

Tampoco necesita la muger licencia del marido para disponer de sus bienes por testamento.

226 Frances, 215 Napolitano, 173 Holandes, 132 de la Luisiana, 139 Sardo: en una palabra, esta disposicion es comun é idéntica en todos los Códigos antiguos y modernos, en el derecho Romano como en el patrio.

El testamento no comienza á surtir efecto sino despues de disuelta la sociedad: no puede, pues, lastimar sus derechos ni empeorar la condi-

cion de la muger ó del marido: aun en esto obra el símil de la muger casada con el menor de edad que se halla en el caso del artículo 600.

ARTICULO 67.

La muger, el marido, y los herederos de ambos, son los únicos que pueden reclamar la nulidad fundada en la falta de licencia prescrita en los artículos 62 *y* 65.

225 Frances, 214 Napolitano, 131 de la Luisiana, 138 Sardo, 171 Holandes, 125 de Vaud.

Vé lo espuesto en el artículo 65 desde las palabras «aunque la muger casada», y en el 1186.

SECCION II.

DE LOS DEBERES DE LOS ESPOSOS PARA CON SUS HIJOS Y DE SU OBLIGACION Y LA DE OTROS PARIENTES A PRESTARSE RECIPROCAMENTE ALIMENTOS.

ARTICULO 68.

El padre y la madre están obligados á criar á sus hijos, educarlos y alimentarlos.

No se trata aquí de los alimentos que proceden de contrato, ó testamento, si no de los que se deben *ex æquitate, caritateque sanguinis*, de modo que el que los niega *necare videtur*; leyes 4 y 5, párrafo 2, título 3, libro 25 del Digesto: hay entre unos y otros algunas diferencias.

Los segundos nunca se deben sino por el rico y al pobre; son mas amplios, porque comprenden tambien los gastos de educacion, *ea quæ ad disciplinam pertinent*, segun las leyes 4, título 2, libro 27 y 6, párrafo 5, título 10, libro 37 del Digesto; de ellos se ha conocido hasta ahora en juicio sumario, sin admitirse apelaciones en cuanto al efecto suspensivo contra las sentencias favorables, ni restitucion de los alimentos interinos, aunque en definitiva se negasen, ley 7, título 9, Partida 4.

Sin embargo, el señor Conde de la Cañada, capítulo 2 y 11, Parte 2, hace estensiva esta doctrina á toda especie de alimentos cuando el que los pide es pobre; vé los artículos 1721, 694, 695 y 696.

203 Frances, 116 Sardo, 159 Holandes, 245 de la Luisiana, 105 de Vaud y 193 Napolitano, el cual añade: «Esta obligacion se cumple en el órden que sigue; primero el padre, luego el abuelo, despues el bisabuelo paterno y subsidiariamente la madre.

Por Derecho Romano pesaba esta obligacion, 1.° sobre el padre;

2.º sobre los ascendientes paternos; 3.º sobre la madre; 4.º sobre los ascendientes maternos; leyes 5, párrafo 2, y 8, título 5, libro 25 del Digesto. En el caso de divorcio, la madre rica reemplazaba inmediatamente en esta obligacion al padre pobre. Novela 117, capítulo 7: la ley 9, título 47, libro 8 del Código, deja en duda, segun algunos, si es obligacion privativa de la madre criar á los hijos menores de tres años que era el tiempo comun de la lactancia.

La ley 3, título 19, Partida 4, adoptó espresa y claramente la citada ley 9 del Código: despues de los tres años impone la obligacion al padre, y subsidiariamente á la madre; despues á los ascendientes sin distincion de lineas, ley 4 del mismo título: nuestro artículo no hace diferencia de edades; pero se encuentra en el 82: vé lo allí espuesto.

El padre y la madre: se hace comun á los dos esta obligacion por ser la primera y mas natural consecuencia de la union conyugal: ademas nosotros damos á la madre en defecto del padre toda su autoridad y beneficios, artículo 164.

La sociedad legal de gananciās hará inútil en el mayor número de casos esta innovacion; vé el número 5 del artículo 1329 y 1330; pero cuando no haya sociedad, ó no resulten gananciales, pueden ser sensibles sus efectos.

Educarlos: la crianza ó alimentos tienen por objeto la conservacion y el bienestar físico de la persona; la educacion se dirige á sus mejoras y perfeccion en el órden moral.

Están, pues, obligados el padre y la madre á algo mas que á los simples alimentos; y la educacion misma á que quedan obligados por el artículo significa algo mas que la moral y cristiana; significa todo lo que los artículos 220 y 221 respecto del tutor y del menor.

Pero los alimentos y gastos de educacion del menor se cubren con sus bienes propios; vé el artículo 222; y aquí se supone que el hijo no los tiene: por otra parte, ¿cómo equiparar la fria y limitada autoridad del tutor con el poder y amor del padre derivadas principalmente de la naturaleza?

Así, aunque segun el testo ó espíritu de este artículo la obligacion de educar comprende la de dar á los hijos carrera, profesion ú oficio, *pro dignitate familiæ, modoque facultatum*, la prudencia y disciplina doméstica, no menos que el decoro aconsejan que esto se deje por punto general á la piadosa discrecion de los padres, y que el juez no interponga su oficio sino en el caso rarísimo, por no decir imposible, de que un padre loco ó estraviado quiera dedicar su hijo á un oficio ó profesion, que le rebaje evidentemente en la consideracion pública, atendido el lustre ó posicion social de la familia.

Téngase presente que aquí se trata solo de hijos legítimos: en los

artículos 130 y 141 se prevee sobre los naturales reconocidos y los adoptivos; en el 132 sobre los adulterinos é incestuosos.

ARTICULO 69.

A falta de padre y madre, los ascendientes de ambas líneas mas próximos en grado tienen obligacion de alimentar á sus descendientes.

Resulta de los artículos 205 y 207 Franceses, 195 y 196 Napolitanos, 376 y 378 Holandeses, 118 y 120 Sardos, 205 y 246 de la Luisiana, 107 y 109 de Vaud: sobre el Derecho Romano y Pátrio, vé las citas hechas en el artículo anterior.

Faltando ó siendo pobres los padres, pasa la obligacion de alimentos y educacion á los ascendientes ricos por su órden y proximidad de grado: lo mismo rige en los descendientes segun el artículo que sigue es conforme á la ley 4, título 19, Partida 4.

Algunos autores han opinado por lo favorable de esta materia, que los abuelos deben alimentos al nieto natural cuyo padre es legítimo, y al nieto legítimo cuyo padre era natural: el artículo 779 hace inadmisible esta opinion, pues que establece una barrera insuperable para los efectos civiles entre el hijo natural y los parientes legítimos del padre ó madre.

Habia un artículo estendiendo la obligacion de alimentos á los hermanos.

Esto era conforme á las leyes Romanas; segun la Novela 89, capítulo 12, párrafo 6, los debia el hermano legítimo aun al hermano natural. Pero como esta doctrina jamás pasó á nuestras leyes y está en oposicion con nuestras costumbres, fué suprimido el artículo: el 197 Napolitano la adoptó.

ARTICULO 70.

La obligacion de dar alimentos es recíproca: los hijos y descendientes los deben respectivamente á sus padres y ascendientes.

Los mismos artículos estranjeros citados en el anterior.

Se trata, como he observado al frente del capítulo *ex æquitate caritateque sanguinis*, y este motivo es igual y recíproco entre ascendientes y descendientes.

ARTICULO 71.

Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da, y á las necesidades de quien los recibe.

208 Frances; 122 Sardo, 379 Holandes, 110 de Vaud, 192 Napolitano; *pro modo facultatum alimenta constituentur*, ley 5, párrafos

7, 10 y 19, título 3, libro 25 del Digesto. «Segun la riqueza ó el poder que oviere, catando todavia la persona daquel que lo debe recibir;» ley 2; título 19, Partida 4: vé el artículo 222 y lo en él espuesto.

Este artículo reemplazó con mas laconismo, y dejando la conveniente latitud al discreto arbitrio del juez y á la jurisprudencia, á otro que añadia: «En los alimentos se comprende la comida, el vestido y la habitacion.»

Aunque estaba conforme con las leyes Romanas y Patrias que comprenden tambien las medicinas necesarias para recobrar la salud en caso de enfermedad, 24, título 16, libro 50 del Digesto, 13, título 19, libro 2 del Código y 5 al fin, título 33, Partida 7, y con el 216 de la Luisiana, fué suprimido por los motivos indicados.

Las necesidades. Los alimentos comprenden todo lo que es necesario; pero hay un necesario *absoluto* y *otro relativo*. El absoluto se regula por las necesidades indispensables de la vida; el *relativo* por el estado y las circunstancias. Asi, el necesario *relativo* no es igual para todos los hombres, y ni aun lo es el *absoluto*: la vejez tiene mas necesidades que la infancia; el matrimonio mas que el celibato; la debilidad mas que la fuerza; y la enfermedad mas que la buena salud.

Los límites del *necesario* absoluto son muy reducidos; basta un poco de justicia y buena fé para conocerlos: la opinion y la equidad son las que deben regular el *necesario* relativo.

Al caudal. Si fueren dos ó mas los obligados á darlos, por ejemplo hijos, contribuirán en proporcion de su caudal respectivo, sin que el padre ó ascendiente necesitado pueda dirigir su accion por el todo contra uno solo de ellos, ni este haya de reclamar despues contra los otros, como se practica en las obligaciones mancomunadas, segun el artículo 1062.

Entiéndese aquí por caudal el sobrante de las rentas despues de cubiertas las necesidades absolutas y relativas del contribuyente, porque la caridad bien ordenada comienza por sí mismo.

ARTICULO 72.

Cesa la obligacion de dar alimentos, cuando el que los da deja de ser rico ó de ser indigente el que los recibe; y debe reducirse proporcionalmente si se minora el caudal del primero ó la necesidad del segundo.

También cesa esta obligacion en los mismos casos en que está autorizada la desheredacion; y para con los hijos ó descendientes, cuando su necesidad provenga de mala conducta ó inaplicacion.

El primer párrafo es el artículo 209 Frances, 380 Holandes, 199 Napolitano, 111 de Vaud, 248 de la Luisiana, 123 Sardo.

Es regla general en esta clase de alimentos, que solo se den al necesitado, y por el que se halle en estado de darlos: «Pobredad escusa á los homes: Otro sí, cuando el fijo oviere de lo suyo en que pudiese vivir;» leyes 4 y 6, título 19, Partida 4. Pero no se reputa pobre ó necesitado el que pueda vivir honestamente de su trabajo, oficio ó profesion, «ó uviese tal menester, etc.;» dicha ley 6 de Partida y la 5, párrafo 7, título 3, libro 25 del Digesto.

A esto es consiguiente que si se disminuye la posibilidad del uno, ó la necesidad del otro, se han de reducir, ó rebajar proporcionalmente los alimentos: en esta parte nuestro artículo guarda armonía con el espíritu de las leyes 34, título 3, libro 2, 58, título 3, libro 5, y 5, párrafo 7, título 3, libro 25 del Digesto: la causa que obra en el todo, obra tambien con la debida proporcion en la parte.

Tambien cesa: este párrafo en lo tocante á las causas de desheredacion se halla conforme con el artículo 7 Bávaro, capítulo 4, libro 1. El Código Frances no podia prever este caso, porque no admite la desheredacion; el Sardo, que la admite, lo previó en su artículo 743, disponiendo que el que se aprovecha de la legítima del desheredado le debe alimentos, que nunca podrán esceder de los frutos de aquella.

En los 109 y 110 conserva los alimentos estrictamente necesarios á los hijos que casan sin el consentimiento legal de sus padres, á pesar de ser justa causa de desheredacion.

Guarda tambien conformidad el artículo en este punto con la ley 5, párrafo 11, título 3, libro 25 del Digesto, unida á la Novela 115, capítulos 3 y 4, y con la ley 6, título 19, Partida 4 y su glosa 3: lo mismo opina Antonio Gomez *variarum resolutionum*, tomo 1, capitulo 11, número 13.

Cierto es que la ley Romana pone el caso de un hijo que delató á un padre, y que la de Partida habla del padre ó hijo que se acusan sobre cosa grave, y es uno de los casos de desheredacion.

¿Pero no milita la misma ó mayor razon en todos ellos, como es el de poner manos airadas en el padre; trabajarse de su muerte con armas ó con hierbas, y abandonarle estando demente?

Era pues forzoso en buena lógica redactar este párrafo con la generalidad que tiene, mayormente cuando hemos reducido á menor número las causas de desheredacion: vé la seccion 2, capítulo 7, título 1, libro 3.

Fuera de los casos de rigorosa desheredacion, ni la criminalidad, ni la infamia privaban ni privarán ahora del derecho á los alimentos, *quia licet legum contemtores et impii sint, parentes tamen sunt*, Novela 12, capítulo 2.

El citado artículo 7 Bávaro, lo establece como una regla general y

comun á todos los que tienen derechos á los alimentos. «El que ha caido en indigencia por su propia falta, ó por pereza, no tiene ningun derecho á los alimentos:» nuestro artículo se limita á los hijos y descendientes.

Por una parte, los hijos deben á sus padres altas consideraciones de respeto que ellos no pueden invocar: por otra, el caso de esta parte del párrafo puede ser frecuente en los hijos, y será rarísimo en los padres, que antes de serlo tienen ya un modo de vivir conocido, y despues son estimulados por el amor y las nuevas obligaciones de familia á no abandonarlo.

Pero tal vez habria sido muy conveniente y decoroso suprimir esta escepcion desfavorable á los hijos y descendientes.

Por un lado, no es indigente el que puede vivir de su honesta aplicacion y no se aplica.

Por otro, abierta la puerta al exámen de si la pobreza ó necesidad proviene de mala conducta, cada pleito de alimentos presentará un espectáculo repugnante y escandaloso entre las personas mas estrechamente unidas por la naturaleza. El hijo pródigo, por ejemplo, no deja de ser hijo, y pueden dársele alimentos de modo que se ocurra á la necesidad natural, sin dar pábulo á sus vicios ó debilidad.

Sobre estas consideraciones prevaleció la de que un buen padre no debe ser víctima de la mala conducta ó inaplicacion del hijo, y que era preciso imponer á este una pena ó privacion por lo pasado, y estimularle al bien para lo futuro.

ARTICULO 73.

El derecho á recibir alimentos no puede renunciarse.

Es el 384 Holandes: vé el nuestro 1721.

Como los alimentos de esta especie no se dan sino al necesitado, el que los niega *necare videtur*, segun la espresion de la ley 4, título 3, libro 25 del Digesto, y la renuncia á ellos para lo futuro podria compararse á un suicidio: esto hace inútil la cuestion de si la renuncia de un hijo á la sucesion del padre ó de la madre envuelve tambien la de alimentos.

En cuanto á los alimentos debidos por contrato ó última voluntad, hé aquí en resúmen la doctrina del Derecho Romano.

En los primeros (por contrato) habia plena libertad para renunciar y transigir, porque *nihil tam naturale est, cuam unumquodque eodem genere dissolvi quo colligatum est.* Leyes 8, párrafo 2, título 15, libro 2, y 35, título 17, libro 50 del Digesto.

La misma libertad habia para los segundos (por última voluntad)

refiriéndose á tiempo pasado. Sobre los futuros no se podia transigir sin mediar decreto del Pretor ó Presidente de la provincia, ley 8, título 4, libro 2 del Código : lo ya pasado no ofrecia inconvenientes ; lo futuro sí, porque el cebo de alguna pequeña cantidad de presente podia ser causa de que el legatario quedase despues en un absoluto abandono contra la piadosa voluntad del testador, dicha ley 8 del Digesto.

Los intérpretes del Derecho Romano opinan en general que se puede tambien renunciar *gratuitamente* á los futuros, porque en tal caso no hay el peligro del cebo, que era el fundamento de la prohibicion, y porque todos son libres en aceptar ó no los legados: vé los artículos 1711, 1721 y 1925, número 5.

CAPITULO IV.

Del divorcio.

SECCION PRIMERA.

DE LA NATURALEZA Y CAUSAS DEL DIVORCIO, Y REGLAS PARA PEDIRLO.

ARTICULO 74.

El divorcio no disuelve el Matrimonio; pero suspende la vida comun de los casados.

Divortium vel á diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. Ley 2, título 2, libro 24 del Digesto.

El divorcio en el lato y genuino sentido de la palabra, es decir, en cuanto á la disolucion del vínculo y la consiguiente libertad de contraer nuevo matrimonio, fué permitido entre los Romanos, aun por constituciones de emperadores cristianos y católicos; unas veces por causas graves y determinadas; otras sin ellas, ley 2 del Código Theodosiano, título de *repudiis* y la 8 y siguientes, título 17, libro 5 del Código: en la Novela 117, capítulos 8 y 9, volvieron á señalarse causas ciertas al marido y á la muger: el último estado por la Novela 140 fué permitirlo por el simple consentimiento, *matrimoniorum solutiones ex consensu fieri liceat.*

Segun las leyes 5, título 5, y 8 y 2, título 6 del Fuero Juzgo, se desataba el vínculo del matrimonio en ciertos casos y por ciertos delitos; la 2, que es la última en esta materia, no admite sino un solo caso *excepta manifesta fornicationis causa*, es decir, el adulterio de la mu

Pasaré en silencio la declaracion del Papa Gregorio II ó III en el siglo VIII, permitiendo al marido pasar á segundas bodas, si *mulier, infirmitate correpta, matrimonio incepta evaderet.*

Despues del siglo X se fijó en la iglesia del Occidente la disciplina hasta entonces fluctuante del divorcio, y se recibió que, viviendo los cónyuges, no podia disolverse el matrimonio ni aun por causa de adulterio: las leyes civiles se doblaron en esta y otras materias ante las eclesiásticas, como lo hicieron entre otras las 2 y 5, título 10, Partida 4: la iglesia griega y demas de Oriente siguieron y siguen admitiéndolo por el adulterio y otras causas probadas.

Los protestantes lo admiten por el adulterio; y no falta algun autor católico que mira este punto todavia como opinable á pesar del Cánon séptimo Tridentino, sesion 24, de sacramento *matrimonii*, por el cual, dice, solo se quiso anatematizar la doctrina de los que afirmaban, que la iglesia erraba, sosteniendo la indisolubilidad segun la doctrina evangélica y apostólica aun en el caso de adulterio.

El Código Napoleon, título 6, libro 1, admitió el divorcio; pero fue abolido por la ley de 8 de marzo de 1816 que está en observancia.

De los otros códigos modernos el de Vaud, Holandes y Prusiano admiten el verdadero divorcio; los demas solo en el sentido que nosotros ó separacion de *mesa y cama*: el artículo 144 Sardo, y el 115 Austriaco lo admiten entre los no católicos; y segun el 111 Austriaco, basta que una de las partes sea católica para no admitirlo.

Suspende. «Los deben departir tan solamente que non vivan en uno nin se ayunten carnalmente;» leyes 9 y 15, título 9, Partida 4.

ARTICULO 75.

El conocimiento de las causas de divorcio pertenece esclusivamente á los tribunales civiles.

Los Códigos Napolitano y Austriaco, á pesar de no admitir el divorcio sino en el mismo sentido que nosotros, lo someten á la competencia de la jurisdiccion civil: el segundo, en los artículos 103 y 109, solo exije que los esposos comparezcan previamente por tres veces ante el párroco para que procure reconciliarlos.

El artículo 140 Sardo los somete al juez eclesiástico: «Los esposos no podrán, aun de comun acuerdo, separarse sin estar autorizados por el juez eclesiástico: en caso de contravencion, la autoridad civil dará las órdenes necesarias para su reunion.»

«Si la separacion ha llegado á ser indispensable, y hay urgencia, la autoridad civil proveerá interinamente á la seguridad del esposo, que haya reclamado su ayuda.»

En el artículo 141 se dice: «Las demandas de alimentos y cualquiera otra accion civil, relativa á la separacion (divorcio), serán llevadas ante los tribunales Reales:» el Código Bávaro calla sobre este punto.

La ley 7, título 10, Partida 4, atribuye el conocimiento á los Arzobispos y Obispos: tambien lo atribuyó la recopilada 20, título 1, libro 2, pero prohibiendo que se mezclen en lo temporal *sobre alimentos, litis espensas, ò restitucion de dotes.*

Los motivos y antecedentes de la innovacion hecha por el artículo, constan en el apéndice, número 1.

ARTICULO 76.

Son causas legítimas de divorcio:

1.ª *El adulterio de la muger en todo caso; y el del marido, cuando resulte escándalo público ó menosprecio de la muger.*

2.ª *Los malos tratamientos de obra ó injurias graves.*

3.ª *La propuesta del marido para prostituir á su muger.*

4.ª *El conato del marido y de la muger para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas; y la connivencia en su corrupcion ó prostitucion.*

5.ª *La apostasía de uno de los cónyuges.*

Número 1. *De la muger.* Todos los Códigos antiguos y modernos están conformes en cuanto al adulterio cometido por la muger; y en el artículo 74 he citado la ley del Fuero Juzgo que en este caso disolvia el matrimonio.

Por derecho canónico, *utriusque sexus hic par conditio est*: el adulterio, segun la Iglesia, no es mayor delito en la muger que en el marido, Canon 15, cuestion 15, causa 32; *aliæ sunt leges Cæsarum, aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit:: apud nos quod non licet fœminis, neque viris licet.*

Por esto la ley 13, título 19, Partida 4, decia: «En tales acusaciones como estas, el marido é la muger egualmente deven ser juzgados segun manda Santa Iglesia. Pero tal egualdad non deve ser cabida en todo ante el juez seglar:» y efectivamente no fué admitida en el título 17, Partida 7, pues segun su ley primera se comete adulterio para ser castigado por el juez seglar, «yaciendo con muger casada;» y se dan las razones de su mayor gravedad: omito esplicarlas, porque son tan evidentes como fuertes; y es por tanto muy difícil esplicar satisfactoriamente la diferencia que hacian las leyes citadas entre uno y otro caso.

El del marido. El artículo 230 Frances exige para este caso que el marido haya tenido á su concubina en la casa comun; los Códigos de

Vaud y Holanda, á pesar de haber admitido el verdadero divorcio, como el Frances, no han copiado su artículo 230; de consiguiente niegan este derecho á la muger: por el contrario el Prusiano, que tambien admite el divorcio, concede á la muger el mismo derecho que al marido: artículos 670 y 671.

Entre los Códigos que, como el nuestro, no admiten sino el divorcio impropio, ó separacion de cama y mesa, el Bávaro, artículo 42, número 2, capítulo 6, título 6, y el Austriaco, artículo 107, número 1, igualan á la muger con el marido; y lo mismo puede decirse del Sardo, pues deja esta materia á la jurisdiccion y leyes eclesiásticas; el Napolitano, artículo 218, y el de la Luisiana, artículo 136, han copiado al 230 Frances.

Nuestro artículo se acerca mucho al Frances, pero es algo mas lato por las mismas razones en que se funda el segundo.

«El adulterio del marido no da lugar al divorcio sino cuando va acompañado de un carácter particular de desprecio, estableciendo á la concubina en la casa comun; ultraje tan sensible sobre todo á las mugeres virtuosas:» esta es la razon que se da en el discurso 20, y que se reproduce y exorna en el 23; *desprecio grave y marcado.*

¿Pero no puede el marido establecerse él mismo en casa de su manceba? ¿No puede llevarla con frecuencia y descaro para insultar y envilecer á su muger? ¿No puede cometer otros insultos iguales con escándalo público?

Ubi eadem est ratio, ibi et idem jus. El juez apreciará la gravedad del menosprecio por la de los hechos, y la indulgencia hácia el marido adúltero ha de hallar un término en la moral pública y en la santidad del matrimonio escarnecidas. El rigorismo del artículo Frances ha dado lugar á cuestiones y fallos encontrados que pueden verse en Rogron: el nuestro viene á ser en sustancia el párrafo 5, capítulo 9, Novela 117, ó el 2, de la ley 8, título 17, libro 5 del Código: vé el artículo 153 del Código penal.

Número 2. El Derecho canónico y todas los códigos antiguos y modernos se hallan conformes en esta causa de divorcio, que es comun al marido y á la muger, aunque mas comunmente se ejerzan por el marido como mas fuerte.

El artículo 231 Frances dice: «escesos, sevicias ó injurias graves de uno de los esposos hácia el otro:» le siguen el 220 Napolitano y 138 de la Luisiana, el cual añade tres causas, la difamacion pública del un esposo contra el otro, *el abandono* y *atentado contra la vida*: en los 107 al 109 Austriacos, se añade al artículo Frances, el *abandono culpable, la dilapidacion de la fortuna de su consorte, la condenacion de uno de los dos por algun crimen, y achaques ó enfermedades con-*

tajiosas é inveteradas: el 42 Bávaro, capítulo 6, título 6, dice simplemente, «cuando una parte no puede vivir con la otra sin peligro para su alma ó para su cuerpo:» el Código de Vaud que, como el Frances, admite el divorcio propio, añade en sus artículos 131 y 133: *la demencia de uno de los esposos con ciertas restricciones, el abandono por cinco años sin apariencia de regreso y una enfermedad contagiosa, inveterada è incurable*: el 263 Holandes pone por únicas causas de divorcio el *adulterio y el abandono ó desercion maliciosa* bajo ciertas condiciones.

En la Novela 122, capítulos 8 y 9, solo se habla de asechanzas contra la vida.

Las leyes de Partida callan sobre este punto, quizá por estar sometido al Derecho canónico, el cual, capítulos 8 y 13 *De restitutione spoliatorum*, admite simplemente la *sevicia*, aunque refiriéndose á la del marido contra la muger, si tanta *sit viri saevitia*, *ut mulieri trepidanti non possit suficiens securitas provideri.*

Se ha escrito mucho, aun bajo el imperio del Derecho canónico, sobre las causas de divorcio, y particularmente sobre la *sevicia*, palabra anticuada entre nosotros, que significa «crueldad escesiva».

Generalmente han sido comprendidos en ella no solo los malos tratamientos de obra, que pueden poner en peligro la vida de la muger, sino las amenazas frecuentes acompañadas de injurias atroces entre personas de condicion, pues suelen hacer en el corazon de una señora de esta clase heridas mas profundas que en el de las mugeres del pueblo. Elizondo, número 22, capítulo 13, tomo 7, comprende aun los malos tratamientos leves, siendo cotidianos, sin justa causa, y el desprecio diario é incesante.

Se han comprendido finalmente las injurias graves, en lo que cabe tanta variedad, no solo por razon de los hechos y sus circunstancias, sino por la diversa condicion de las personas: si el marido difama ó deshonra públicamente á su muger, si la comunica el mal venéreo, etc.

El artículo 231 Frances no ha prevenido estas dudas y variedad; puede verse el comentario de Rogron, donde, despues de referir muchos casos curiosos y sus fallos, al parecer encontrados, concluye: «Todo depende de las especies: al juez toca apreciar todas las circunstancias y pronunciar sobre la gravedad de las injurias: no puede haber reglas fijas acerca de esto.»

Lo mismo repito yo sobre nuestro artículo; pues si nos refiriéramos simplemente á lo que sobre lesiones corporales, amenazas é injurias graves se halla establecido en el código penal, quedaria esta materia manca é incompléta por demasiado circunscrita.

Número. 3. *Si maritus uxoris castitati insidiatus*, *aliis etiam adul-*

terandam tentaverit tradere», Novela 117, capítulo 9. Segun la ley 2, título 6, libro 3 del Fuero Juzgo, podia la muger en este caso casarse con otro.

El capítulo 2 de las estravagantes *De divortiis* es mas general. *Si conjux unus alterum ad mortale pecatum impellat*: vé el artículo 42 Bávaro arriba citado; y este caso queda ya comprendido en las injurias graves como la mayor de todas.

Número 4. Tambien este caso es una injuria grave hecha al cónyuge inocente en sus hijos; ademas, ¿el marido culpable de esto reparará en prostituir á su muger? ¿Y si lo es ella reparará en el adulterio? Vé los artículos 363 y 364 del Código penal: para el caso de este número nada importa que los hijos sean ó no comunes.

Número 5. La ley 2, título 10, Partida 4, llama á esto «fornicio (adulterio) espiritual, tornándose hereje ó moro ó judio».

Per alterius conjugis apostasiam, aut haeresim, capítulo 6 de *divortiis*, y hubo tiempo en que muchos creyeron que por esta causa se disolvia *quoad vinculum* : pero hoy es un dogma católico lo contrario, y así lo declaró el Tridentino, seccion 24, canon 5 de *Reformatione matrimonii.*

Las causas de divorcio estan señaladas aquí tacsativamente; cesará pues la de la ley 2, título 10, Partida 4, tomada del Derecho canónico.

ARTICULO 77.

El mútuo consentimiento de los cónyuges no es causa de divorcio ni autoriza su voluntaria separacion.

307 Frances, 140 Sardo, 222 Napolitano, 140 de la Luisiana que prohibe tambien someter el divorcio á juicio de árbitros, 263 Holandes 134 de Vaud.

«Deve ser fecho por mandado del Obispo», ley 2, título 10, Partida 4: la 8 prohibe meterlo en manos de árbitros y da para ello dos razones de poco ó ningun peso hoy dia: todo lo que era conforme al Derecho canónico. (Capítulo 3 de *Divortiis.*)

El matrimonio es de órden y derecho público: es la fuente y base, el primero y mas sagrado interes de la sociedad; no puede, pues, quedar al arbitrio de los particulares destruir por su simple consentimiento tan altos fines é intereses: «Seyendo departidos por derecho, non se entiende que los departe el ome.» Ley 1, título 10, Partida 4; Vé el artículo 1720.

ARTICULO 78.

La demencia, la enfermedad contagiosa ó cualquiera otra calami-

dad semejante de uno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez con conocimiento de causa y á instancia del otro cónyuge suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligacion de cohabitar; quedando, sin embargo, subsistentes las demas obligaciones conyugales para con el ssposo desgraciado.

«*Ob alia seu corporis, seu animi vitia non facile admittenda separatio. Si uxorem quis habeat (ait sanctus Agustinus) sterilem vel defformem corpore, sive debilem membris, vel caecam, vel surdam, vel claudam, vel si quid aliud, sive morbi et doloribus, languoribusque confectam eet quidquid (excepta fornicatione) cogitari potest vehementer horribile, pro fide et societate sustineat:: nec ob supervenientem lepram liberum et dimitere conjugem, capítulo 2 de conjug. Leprosorum:* ni porque uno de los cónyuges haya sido condenado por algun delito, capítulo 2 de Divortiis.

Elizondo, tomo 7, capítulo 13, número 19, dice: «La enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges, de la cual amenace peligro de vida al otro, como sucede al morbo gálico, á la fiebre ética, á la lepra y otras causas igualmente graves, es suficiente motivo para el divorcio, probándose aquellas, no por sola la fé de los testigos, y si por la deposicion de los peritos que han de reconocer al paciente y deponer de su insanabilidad; pues en otros términos, cualquiera separacion debe ser por el tiempo que necesite el enfermo para su perfecta curacion, y no mas.

Nuestro artículo no llega á tanto: el divorcio no tendrá lugar en estos casos: el juez solo podrá suspender la cohabitacion para ocurrir al peligro del contagio, quedando empero salvas las demas obligaciones para con el esposo desgraciado.

Sin embargo, el juez deberá ser mas circunspecto aun en el uso de esta facultad: uno de los fines del matrimonio es el *mutuum vitae adjutorium*, y no se llena suspendiendo la cohabitacion, y dificultando con esto la ayuda y los consuelos cuando son mas necesarios.

El objeto principal del artículo es fijar este punto dudoso hasta por Derecho canónico, negando absolutamente el divorcio, aun cuando la enfermedad contagiosa sea incurable. Su disposicion es arreglada á lo que generalmente se practica: todo esposo delicado calla, sufre, ayuda y consuela en semejantes casos: el del mal venéreo deberá ser una escepcion por culpable, y envolver una injuria grave.

Vé al número 2 de nuestro artículo 76, los de Vaud, Austriaco y Bávaro sobre los casos de este artículo.

ARTICULO 79.

El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa á él.

La querella solo se concede al agraviado: nadie puede adquirir accion ó derecho por su delito ó falta. Esto por lo que hace al esposo culpable: los demas, callando el agraviado, no serán admitidos á demandar el divorcio, y ni el juez mismo podrá pronunciarlo, aunque proceda de oficio, como puede suceder en los casos de lesiones corporales, y tentativas ó asechanzas contra la vida. «Non los puede ningun otro acusar si non ellos mismos uno á otro.» Ley 2, título 9, Partida 4; véase el artículo 581 del Código penal.

ARTICULO 80.

La reconciliacion pone término al juicio de divorcio, y deja sin efecto ulterior la ejecutoria dictada en él; pero los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del tribunal que entiende ó haya entendido de la causa.

272 Frances, 223 Napolitano, 149 de la Luisiana, 139 de Vaud, 271 Holandes, el cual añade: «La ley presume la reconciliacion, cuando el marido cohabita con su muger despues de haber dejado el domicilio comun:» pero todos estos Códigos solo dicen que la *accion de divorcio se estingue* por la reconciliacion, sin estenderse al caso de ejecutoria.

«*Ejus est non nolle, qui potest velle:*» la 3 de *regulis juris.* «*Injuriarum actio dissimulatione abolitur.*» Ley 11, párrafo 1, título 10, libro 47 del Digesto.

«Si despues la quisiese perdonar el marido, que lo pueda facer, é vivan en uno, é se ayunten carnalmente, como si non fuessen departidos.» Ley 2, título 9, Partida 4, tomada del capítulo 10, Novela 134, y esto dice Van Espen, número 9. capítulo 2, título 15, parte 2, podia hacerse de propia autoridad segun derecho civil y canónico, porque á nadie está prohibido renunciar á su derecho.

La ley y autor citados hablan aun del caso de haber recaido sentencia, como que en esta materia *nunquam transibat in rem judicatam,* y antes bien el juez eclesiástico debia *ex officio* amonestar frecuentemente á los cónyuges para la reconciliacion.

Yo entiendo, sin embargo, que es mucho mas conveniente que no se haga en este caso por autoridad privada la reunion de los esposos divorciados. Es bien natural que cada cosa se anude ó estreche como se

desanudó ó aflojó: la reunion con la intervencion de la autoridad judicial es mas solemne y propia de la dignidad del matrimonio: será por lo mismo mas estable; se evitarán escándalos, se asegurará la legitimidad de la prole que sobrevenga, y parece finalmente mas conforme á la letra y espíritu del artículo 1361.

El artículo 110 Austriaco dice: «Los esposos separados no podrán reunirse sino despues de haberlo puesto en noticia del tribunal.»

Pone término al juicio: y estingue tambien la accion antes de deducirla en juicio, aunque en este caso, mas bien que *reconciliacion*, hay *remision ó perdon de la ofensa*. El perdon puede ser espreso ó tácito: los hechos significan mas que las palabras, y en caso de duda y contestacion al juez solo tocará apreciarlos: su prueba incumbirá al que la alega. Sobre este punto deberá observarse lo mismo que sobre la remision espresa, ó tácita de las injurias para el efecto de estinguir su accion: en los dos se trata de un derecho privado.

La ejecutoria: vé lo arriba espuesto y los artículos 330 y 331 del Código penal.

SECCION II.

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES CONSIGUIENTES A LA DEMANDA DE DIVORCIO.

ARTICULO 81.

Al admitir la demanda de divorcio ó antes, si hubiese urgencia, se adoptarán provisionalmente, y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1.ª *Separar los cónyuges en todo caso.*

2.ª *Depositar la muger cuando el marido lo pidiere y hubiese causa suficiente para ello.*

3.ª *Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 82 y 84.*

4.ª *Señalar alimentos á la muger y á los hijos que no queden en poder del padre.*

5.ª *Dictar las medidas convenientes, para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio á la muger.*

Esta disposicion se limita al caso que sea la muger quien pida el divorcio.

6.ª *Decretar, en su caso, las precauciones indicadas en el capítulo 1; título 3, libro 3 de este código.*

Viene á ser el 267 Frances al 271 con alguna variacion, 144 al 148 de la Luisiana, 136 al 138 de Vaud, 267 al 270 Holandes.

Número 1. Sea cualquiera la causa porque se pida el divorcio: la cohabitacion en tales circunstancias seria un peligro y escándalo permanentes. El artículo es terminante en este punto, y nada deja al discreto arbitrio del juez: no deberá, pues, admitir la fianza ó caucion de *non offendendo*, que hasta ahora se admitia algunas veces al marido.

Número 2. Bien sea la muger demandante ó demandada, porque puede demandar maliciosamedte para go[illegible] de mayor libertad y sin ánimo de proseguir la demanda.

Cuando el marido. Puede tambien l[illegible]isma muger pedir el depósito ó secuestro, dando en ello una mu[illegible] tr[illegible] de honestidad y delicadezá.

Y hubiese causa suficiente. A pesar [illegible] a latitud que por estas palabras se dá al juez deberá ser muy circu[illegible]pecto para negar el depósito pidiéndolo el marido, y dejando al arbitrio del mismo juez la designacion de la casa honesta en que haya de hacerse. Asi se ha practicado hasta ahora por decoro del mismo matrimonio; y la muger que en tales circunstancias lo resistiese, daria una muy triste idea de sí propia.

Tengo por muy justo el artículo 269 Frances: no acreditando la muger que vive en la casa designada, puede el marido negarse á los alimentos, y hacerla declarar decaida de su demanda.

Número 3. En caso de duda deberá ser preferido el padre, porque goza de hecho y de derecho de la patria potestad. De todos modos, el juez al acordar esta medida, no debe perder de vista que tiene por único objeto la mejor educacion y bienestar de los hijos.

Número 4. Porque el marido entretanto es el legítimo administrador de los bienes del matrimonio; vé el artículo 60 y lo en él espuesto. Los alimentos han de ser competentes, atendidos los bienes y calidad de uno y otro cónyuge.

Número 5. Está conforme con lo dispuesto en los artículos 1294, 1336 y 1338.

Como, declarado el divorcio por culpa del marido, habrá lugar á la separacion de bienes y liquidacion de la sociedad conyugal, es necesario dictar medidas preventivas para que el marido no haga ilusorias las disposiciones definitivas de los artículos citados.

Aun cuando no se h[illegible] tomado estas medidas preventivas, será nulo todo lo hecho por el [illegible]rido en fraude de los derechos de la muger: vé el artículo 1337.

Número 6. Vé lo que digo al fin del artículo 799.

SECCION III.

DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO.

ARTICULO 82.

Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos, ó se pondrán bajo el poder y proteccion del cónyuge no culpable.

Si ambos cónyuges fueren culpables, se proveerá á los hijos de tutor, en conformidad á lo que se dispone en los capítulos 3 y 4, título 8 de este libro.

Los hijos menores de tres años se mantendrán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, si el tribunal no dispusiere otra cosa.

302 Frances, 156 de Vaud, 284 Holandes, que sin embargo deja al padre y á la madre los derechos inherentes á la patria potestad y á la tutela, y 153 de la Luisiana.

«El que non fué en culpa (los hijos) deve criar é aver en guarda.» Ley 3, título 19, Partida 4, y aunque impone al esposo culpable, si es rico, la obligacion de dar de lo suyo con que crien los hijos, mayores ó menores de tres años, habrá de regir el siguiente artículo 83, y el 1336 que hace comun á los esposos dicha obligacion: la ley de Partida no hace si no repetir el capítulo 7 de la Novela 117.

De tutor: salvo siempre lo que se dispone en el artículo 84.

Menores de tres años: hasta esta edad se reputa ser el tiempo de la lactancia; ley 9, título 47, libro 8 del Código, y la citada 3 de Partida: por lo mismo es una obligacion natural de la madre el mantenerlos durante ella.

Pero si la madre no criase el hijo á sus pechos, la lactancia entrará en la clase general de alimentos y seguirá su condicion: el artículo 142 Sardo estiende la lactancia á cuatro años.

ARTICULO 83.

El padre y la madre quedan sujetos á todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad.

Conforme con el 336 y 15[illegible].

La pérdida de la patria potestad es una pena, y por la pena pueden perderse derechos, nunca dispensarse obligaciones: subsistirán, pues, las de los padres culpables para con sus hijos inocentes.

ARTICULO 84.

Sin embargo de lo dispuesto en los artículos 81 y 82, los tribunales podrán acordar, á peticion del consejo de familia, cualquiera providencia que por circunstancias particulares se considere beneficiosa á os hijos.

En todo caso, si los padres divorciados par algunas de las causas señaladas en los númeras 1 y 2 del artículo 76 proveyesen, de comun acuerdo, al cuidado y educacion de los hijos, se guardará lo que dispongan.

El primer párrafo es el 267 Frances y 302, 269 Holandes, 136 de Vaud, 144 de la Luisiana.

Los hijos menores é inocentes no pueden gestionar por sí en estas tristes querellas, aunque su funesto resúltado haya de recaer siempre y mas principalmente sobre ellos.

Era por lo tanto obligacion del legislador tomarlos bajo su amparo, y fijar su suerte del modo que á primera vista y en términos generales parecia mas razonable y conveniente.

Esto queda cumplido en el artículo 82. Pero como sea imposible prever todas las circunstancias particulares de cada caso, y puede haberlas en alguno tan especiales que aconsejen una escepcion de aquel artículo general en beneficio de los mismos menores, la ley reviste a juez de esta facultad discrecional, aunque limitando su ejercicio al caso de pedirlo asi la familia: otro tanto habrá de decirse pidiéndolo el ministerio fiscal, si, como es probable y se practicaba en los tribunales eclesiásticos, se requiere su intervencion en las causas de divorcio: e celo é imparcialidad de este ministerio, y el cariño tan natural de la sangre, que se aviva para con seres inocentes y desgraciados, garantizan que nunca podrá tener lugar esta escepcion, sino en beneficio de los mismos.

En todo caso. El divorcio por estas dos causas es compatible con el amor á los hijos y con él ningun peligro moral de los mismos, lo que no sucede en los casos de los números 3, 4 y 5 del artículo 76. Confia, pues, la ley en este amor y solicitud de los padres, aunque los dos sean culpables, para hacer enmudecer todas sus disposiciones.

ARTICULO 85.

El cónyuge que diere causa al divorcio pierde todo su poder y derechos sobre las personas y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará á la muerte de este, si el divorcio se

ha estimado por alguna de las causas señaladas en los números 1 y del artículo 76.

En los demas casos se les proveerá de tutor, cuando muera el padre ó madre inocente.

Supónese que no hubo entre los padres el acuerdo para el que están autorizados en el párrafo 2 del artículo anterior, porque si lo hubo, habrá de observarse.

Este artículo viene á ser una adicion ó declaracion del párrafo 1 del 82, cuya disposicion se entra repitiendo, y luego se modifica para el caso de morir el cónyuge inocente, cuando el divorcio tuvo por causa el adulterio ó la sevicia.

La razon de la diferencia entre estos dos casos y los demas del artículo 76 queda ya espuesta en el anterior.

ARTICULO 86.

El cónyuge que diere causa al divorcio, perdera todo lo que se le hubiese dado ó prometido por su consorte, ó por cualquiera otra persona en consideracion al mismo: el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

299 Frances que dice: «perderá todas las ventajas que le haya hecho el otro esposo, sea por el contrato de matrimonio, sea despues de contraido este.» Le siguen el 228 Napolitano, 152 de la Luisiana, 156 de Vaud, 278 Holandes.

La muger adúltera pierde todos sus bienes; pero si «hijos derechos hubieren ambos, ó el uno de ellos, hereden los tales bienes.» Ley 1, título 28, libro 2 de la Novísima Recopilacion, conforme con la 11, párrafo 5, título 5, libro 48 del Digesto, con la 8, párrafos 4 y 5, título 17, libro 5 del Código y con la Novela 117, capítulo 8, que con esta diferencia viene á establecer lo mismo en las otras causas de divorcio.

Mas á pesar de que la dicha ley 1, que era la 1, título 7, libro 4 del Fuero Real, fué confirmada por la 82 de Toro (5 del título y libro mencionados de la Novísima Recopilacion), yo no la he visto aplicar ni en cuanto á las personas, ni en cuanto á los bienes, salvo en la parte á que se refiere este artículo.

El esposo, convencido de hechos tan atroces ó vergonzosos que autorizan el divorcio, no debe gozar de un beneficio, que debia ser el premio de un cariño constante y de los mas tiernos cuidados. Habiéndose colocado en el número de los ingratos é indignos, será tratado como ellos: ha violado las condiciones del contrato: mal puede, pues, reclamar sus ventajas.

O por cualquiera, etc.: vé los artículos 1243 y 1265: porque donó en consideracion al matrimonio y por afeccion al otro consorte, cuyas ofensas no pueden serle indiferentes.

Conservará: no puede haber pena donde no hay culpa: *factum cuique suum, non adversario nocere debet.*

El citado artículo 299 Frances habla del divorcio *quoad vinculum*: el que nosotros conocemos se llama en aquel Código *separacion de cuerpos.*

Con este motivo se debatió, y debate aun entre los franceses, si el artículo 299 es aplicable á los casos de separacion: en pro y en contra se citan grandes autoridades y razones que pueden verse en Rogron al artículo 959: sobre nuestro artículo no podrá suscitarse tal duda ni controversia.

ARTICULO 87.

Si el marido diere causa al divorcio, podrá ejercitar su muger los derechos que se le conceden en el artículo 1355.

Véase el artículo de la referencia: el marido culpable pierde derechos; mas ni se exime ni puede eximirse de sus obligaciones; y una de ellas es la de dar alimentos á su muger si los necesitase.

ARTICULO 88.

Cuando sea la muger la culpable del divorcio, por cualquiera causa, conservará el marido la administracion de los bienes de la masa social, y dará alimentos á su muger.

Vé los artículos 1356 y 1357. Como en este caso no ha lugar á la separacion de bienes, continúa rigiendo respecto del marido inocente, no solo en cuanto á la administracion y usufructo, sino en cuanto á las cargas, y una de ellas es la de alimentar al consorte.

¿Deberá el consorte inocente alimentos de sus propios bienes al consorte culpable y pobre? Voet, tomo 2, páginas 117 y 159, se inclina débilmente á que si, *quia vinculum non dirimitur*, asi como los hijos á los padres infames é incestuosos, *quia licet legum contemptores et impii sit, parentes tamen sunt*; Novela 12, capítulo 2.

Parece estar resuelto afirmativamente en el artículo 1356; pero en él se supone que el consorte inocente corre con la administracion de los bienes del matrimonio, y no es este el caso de la cuestion. El consorte culpable no puede ser de mejor condicion que los hijos; vé el párrafo 2 del artículo 72.

CAPITULO V.

De la disolucion y nulidad del matrimonio.

ARTICULO 89.

El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, y segun las leyes de la Iglesia.

144 Sardo, 111 Austriaco y demas Códigos que solo admiten el divorcio en nuestro sentido. «Non puede ninguno dellos casar otra vez biviendo ambos á dos; fueras ende si alguno dellos entrasse en órden de religion, ante que se ayuntasen en uno carnalmente.» Ley 4, título 8, y la 2 y 5, título 10, Partida 4, conformes con el Derecho Canónico.

Así el matrimonio válido, consumado, no se disuelve sino por la muerte: el *rato*, no consumado, se disuelve por la profesion religiosa de uno de los dos, que puede hacerse aun contra la voluntad del otro consorte, quedando este en libertad de repetir matrimonio.

Substirá, pues, esta disposicion canónica, aunque en el órden civil la encuentro muy inconveniente; pero su uso, siempre raro, debe serlo mucho mas en adelante.

ARTICULO 90.

La nulidad del matrimonio se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta clase corresponde conocer á la autoridad eclesiástica.

Vé el artículo 48. El 9 Bávaro dice: «Los efectos civiles del matrimonio son de la competencia de los tribunales (civiles); pero la validez de su celebracion y la forma del acto serán juzgadas por los tribunales eclesiásticos segun el derecho canónico.» El 189 Napolitano niega todos los efectos civiles al matrimonio que no ha sido celebrado en faz de la Iglesia segun las formas prescritas por el Concilio de Trento: las contestaciones relativas á los efectos civiles son de la competencia de los tribunales ordinarios.

Téngase presente lo que sobre la competencia de la jurisdiccion real acerca de las cuestiones de hechos en negocios eclesiásticos digo al artículo 98; y de todos modos la declaracion de nulidad no perjudicará á los derechos de un tercero que haya contraido de buena fé con los esposos.

ARTICULO 91.

Inmediatamente que se acredite en el tribunal civil que ha sido admitida por el eclesiástico la demanda de nulidad del matrimonio, se procederá por el primero á practicar lo que dispone el artículo 81.

Hay igual necesidad en este caso que en el del artículo 81 para dictar las medidas provisorias allí espuestas; y como son asuntos temporales y profanos deben reputarse propias y privativas de los magistrados seculares segun la letra y espíritu de la ley recopilada 20, título 1, libro 2.

La separacion de los cónyuges parece ser en este caso contra el Derecho Canónico; Véase á Gregorio Lopez, glosa 6, ley 1, título 13, Partida 4: pero conviene evitar la ocasion de escándalos.

ARTICULO 92.

Dictada la sentencia ejecutoria de nulidad, deberá el eclesiástico pasar copia certificada al párroco encargado del registro en que se hallase sentada la partida de matrimonio anulado, para que ponga la nota y asiento que determina la ley; y otra copia en igual forma al tribunal civil del distrito en que estén domiciliados los interesados.

Vé los artículos 345 y 373.

ARTICULO 93.

El matrimonio contraido de buena fé, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles, así en favor de los cónyuges como de sus hijos.

Si ha intervenido buena fé de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos de este matrimonio.

La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

201 y 202 Franceses, 119 y 120 de la Luisiana, 115 y 162 Sardos, 103 y 104 de Vaud, 150 y 151 Holandeses con la adicion inútil de que el esposo culpable podrá ser condenado en las costas, daños é intereses; 191 y 192 Napolitanos que atribuyen el conocimiento de la buena fé á los tribunales civiles, y la esclayen cuando el matrimonio no ha sido celebrado ante un eclesiástico que en concepto, al menos de una de las partes, era el párroco que debia oficiar, ó tenia para este efecto mision de aquel.

Trae su orígen de la ley 37, párrafo 1, título 2, libro 23 del Digesto, con la que están conformes las leyes 3, título 3, 1, título 13, 2, tí-

tulo 15, Partida 4, y 50, título 14, Partida 5, así como con el Derecho Canónico que adoptó la ley romana.

«El non saber del uno les escusa que les non puedan decir, que non son fijos de derecho,» dicha ley 3. «El non saber de uno solo dellos face los fijos legítimos,» ley 1 citada.

Este es el matrimonio llamado comunmente *putativo*. En rigor solo el matrimonio legítimo y verdadero podia hacer verdaderos esposos y producir hijos legítimos. Mas por un efecto de favor hácia los hijos, y en consideracion á la buena fé de los esposos, se ha recibido por equidad que, anulándose el matrimonio á consecuencia de un impedimento oculto que existia al contraerlo, si los dos esposos lo habian ignorado, tanto ellos como los hijos nacidos de esta union conserven el nombre y prerogativas de esposos é hijos legítimos, porque los unos se han unido, y los otros han nacido bajo el velo, sombra y apariencia del matrimonio.

Cuando la buena fé está de parte de uno solo de los contrayentes, este solo puede reclamar los efectos civiles del matrimonio; pero los hijos se considerarán legítimos respecto de los dos, y gozarán de los derechos de tales, porque, siendo indivisible el estado de las personas, era preciso y equitativo decidirse enteramente por la legitimidad: el esposo de mala fé responderá ademas de los daños y perjuicios al inocente (artículo 102 Austriaco y los Holandeses citados).

Así, el contrayente de mala fé no gozará de ninguno de los efectos civiles de padre y esposo legítimo: no será heredero forzoso de los hijos, y estos lo serán de él, á pesar de que la reciprocidad es una regla general en materia de herencias. Pero quedará sujeto á todas las obligaciones legales y contractuales para con el otro esposo é hijos, y á las penas de los artículos 386 y 387 del Código penal: vé el artículo 1331 y los de su referencia.

La buena fé se presume: en esta y en todas las materias: vé el artículo 1937: para calificar la buena ó mala fé ha de atenderse al tiempo de la concepcion. Sin embargo, las leyes 3, título 3, y 2, título 15, Partida 4, conformes con el Derecho Canónico, presumian *juris et de jure* la mala fé en los matrimonios clandestinos; y yo creo que deberia regir la misma presuncion en los casos de sorpresa, ó intimidacion al párroco: la buena razon, que dá la ley para el primer caso, me parece aplicable al segundo; pero esto no pasa de simple opinion mia.

Y no basta la sola buena fé al tiempo de contraer el matrimonio. «Mas si despues que sopiesen ciertamente que avia entre ellos tal embargo, ficiessen fijos, todos cuantos fijos despues oviessen, non serian legítimos.» Ley 1, título 13, Partida 4: si uno solo de ellos lo supiese

despues, quedaria comprendido en el párrafo 2 de este artículo; pero no bastaria, segun la misma ley, la simple duda ó recelo de existir el impedimento, y declara por lo tanto legítimos aun los hijos habidos durante el pleito de nulidad: la dicha ley fué tomada del Derecho Canónico: vé su glosa: fuera de que se debe presumir siempre por la validez del matrimonio (artículo 99 Austriaco).

Ni basta la buena fé cuando se funda en error ó ignorancia de derecho, porque la ignorancia de las leyes no sirve de escusa; artículos 2, y 989.

ARTICULO 94.

Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones, mayores de tres años, al cuidado del padre; y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fé.

Si la buena fé hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y su cuidado los hijos de ambos sexos.

Los hijos é hijas menores de tres años, se mantendrán en todo caso, hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre.

Los hijos varones: vé lo que sobre la edad de la lactancia he espuesto en el artículo 82. En igualdad de circunstancia obra esta diferencia del sexo, porque el varon es mas á propósito para cuidar y educar al varon y la hembra á la hembra.

De uno solo, etc.: Quedarán bajo su poder hijos é hijas, porque él solo gozará de la patria potestad, segun el artículo anterior; pero subsistirá lo dispuesto en el artículo 83: vé lo en él espuesto.

ARTICULO 95.

Lo dispuesto en el artículo anterior no tendrá lugar, si los padres, de comun acuerdo, dispusieren otra cosa.

Este artículo fué suprimido en la última revision del Código, y debe estarlo: el cónyuge de mala fé es justiciable segun el capítulo 2, título 12, libro 2 del Código penal.

ARTICULO 96.

La ejecutoria de nulidad producirá respecto de los bienes del matrimonio los efectos que determinan los artículos 1295 y 1339.

Producirá: pero con sujecion á lo dispuesto en este capítulo y segun la diversidad de casos; cuando hubo buena fé de parte de ambos, el caso no ofrece dificultad: cada uno de los cónyuges recobrará sus bienes, inclusa la mitad de los gananciales: cada uno conservará las

donaciones y ventajas pactadas al contraer el matrimonio: todo esto es consecuencia del párrafo 1 del artículo 95.

Si hubo mala fé en los dos, se practicará lo mismo, salvo que las donaciones y ventajas pactadas se reputarán nulas.

Si la mala fé estuvo de parte de uno solo, este recobrará sus bienes propios, mas perderá la mitad de gananciales y todas las donaciones y ventajas matrimoniales: vé los artículos 1249, 1339 y 1331.

La ley 50, título 14, Partida 5, dispone que la muger, «sabidora del impedimento,» pierda la dote que dió al marido, y la adquiera este, si lo ignoró: mas ya he notado al artículo 86 que las leyes patrias no estaban en observancia sobre este particular aun en caso de adulterio.

ARTICULO 97.

El tribunal civil conocerá de todas las cuestiones á que diere lugar el cumplimiento de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores.

Vé los motivos en el artículo 91.

CAPITULO VI.

Del modo de probar el matrimonio.

ARTICULO 98.

Nadie puede ser tenido por casado, ni reclamar los efectos civiles del matrimonio si no presenta la partida matrimonial legalmente estendida, salvo los casos prescriptos en el artículo 317.

194 Frances, 155 Holandes: el Código Sardo no trae sobre esta materia sino el artículo 114 que copiaré en el siguiente 99: el Napolitano únicamente el 190 que corresponde al nuestro 100.

Este artículo es contrario á las leyes 9 y 13, título 4, libro 5 del Código, que no requieren prueba escrita: «*Neque, non interpositis instrumentis, matrimonium irritum est: cum omissa quoque scriptura, cætera nuptiarum indicia non sint irrita*:» nuestra legislacion patria no disponia cosa especial sobre las pruebas del matrimonio; y reconocia como privativo de la jurisdiccion eclesiástica el conocimiento de las causas matrimoniales; leyes 56, título 6, Partida 1, y 7, título 1, Partida 4.

¿Pero no aparece alguna contradiccion entre este artículo y los 48 y 90? ¿La jurisdiccion competente para conocer y declarar sobre la validez ó nulidad del matrimonio, no debe serlo tambien para establecer sobre sus pruebas?

Importa no olvidar lo espuesto sobre los mencionados artículos y que solo por el consentimiento, cesion y piedad de los reyes se reservó á la Iglesia el conocimiento de las tales causas: la soberanía y sus regalías no pueden abdicarse, ni enagenarse á *perpétuo*.

Fíjese tambien la atencion en que las pruebas han de recaer necesariamente sobre *hechos*; y las cuestiones *de hecho* en los negocios eclesiásticos que tocan á legos son siempre cosa temporal al paso que las de derecho se gradúan por puramente espirituales. Por lo que en este capítulo se dispone, solo se decidirá si el matrimonio se contrajo *de hecho*, sin trascender á su validacion ó nulidad; y de todos modos la sentencia no surtirá sino efectos civiles.

Esta cuestion de *puro hecho* suele ser siempre incidental de otra principal y conocidamente de la competencia del tribunal seglar; por ejemplo, una herencia ó sucesion de mayorazgo.

El artículo 308 del Código civil de 1820, redactado por personas tan sábias y piadosas como los Sres. Garelly, San Miguel, Rey, y otros, decia: «El conocimiento sobre nulidad de matrimonio, por defecto de las solemnidades y requisitos que para su celebracion exige la ley, pertenece á los tribunales civiles:»

El artículo 189 Napolitano dispone en general. «Las contestaciones, relativas á los efectos civiles del matrimonio, son de la competencia de los tribunales ordinarios;» y el 191, tratando del matrimonio putativo, les atribuye el conocimiento de la buena fé para los mismos efectos.

Las ordenanzas Francesas de 1579 y 1667 arreglaban igualmente las pruebas del matrimonio (como las del nacimiento y defuncion), sin embargo de corresponder á la autoridad eclesiástica el conocimiento de su validez ó nulidad.

Partida instrumental, etc. No se admitirá, pues, la prueba por testigos, ni otra alguna, sino en los casos y con las condiciones que se designan en los artículos 347 y 361.

Todo matrimonio supone de necesidad una partida, y el esposo no puede alegar ignorancia del lugar en que exista la segunda, porque no ignora dónde se celebró el primero. El artículo 156 Holandes, dice: «En caso de ausencia ó pérdida de los registros, la suficiencia de la prueba del matrimonio queda abandonada al arbitrio del Juez si hay posesion de estado.»

Legalmente estendida: con arreglo á lo dispuesto en el capítulo 4 del título 12 de este libro, y en el libro ó registro de matrimonio segun el artículo 334; por manera que no aprovechará la estendida en una hoja suelta ó volante.

ARTICULO 99.

La posesion de estado, por si sola, no basta para probar el matrimonio.

Si la posesion se confirma con la partida del casamiento, no podrá este ser impugnado por los esposos.

La primera parte es el artículo 195 Frances; la segunda el 196. El 114 Sardo dice sobre la materia de este artículo y del anterior. «No obstante cualquiera posesion de estado, ninguno puede reclamar el título de esposo, ni los efectos civiles del matrimonio, si no presenta la partida legal de casamiento, ó si, en defecto, no presenta otra prueba equivalente.»

No basta. Ni puede bastar siendo sola y sin la partida del matrimonio, porque puede cubrir al concubinato, igualmente que al matrimonio legítimo. La posesion resulta de una reunion de circunstancias, que indican el estado legal, y generalmente están ligadas con él, por ejemplo, si ha llevado el apellido del hombre con quien vivia, si ha sido tratada por él como esposa, y ha pasado por tal en la sociedad.

Ser impugnado. La posesion sola y sin título, ó la partida, no aprovecha; pero la partida sacada del registro y sostenida por la posesion no puede ser impugnada aunque se alegue que se han omitido en su estension algunos de los requisitos de los capítulos 1 y 4 del título 12, porque la posesion cubre estas faltas ó vacio. Pero bien podrán los esposos alegar la nulidad del *mismo matrimonio* independientemente de los vicios ó faltas de la partida, como si habia sido contraido mediando impedimento.

ARTICULO 100.

Cuando el hombre y la muger, que han vivido públicamente como esposos, falleciesen con este concepto, sus hijos se presumen legítimos, si esta calidad consta de su partida de bautismo.

Nadie podrá contradecir esta presuncion por la sola circunstancia de no presentarse la partida de casamiento de los esposos.

Lo mismo se observará cuando la ausencia ó enfermedad de los padres les impidieren manifestar el lugar en que se casaron.

Es el 197 Frances, 102 de Vaud, 157 Holandes.

En los dos artículos anteriores se exige de los esposos la presentacion de la partida de matrimonio por la razon que he dado en el 98 sobre las palabras *partida instrumental.*

Pero cuando aquellos murieron y se trata solamente del interes de sus hijos, habria exageracion é injusticia en exigir de estos la misma prueba. Los esposos no pudieron ignorar el lugar en que celebraron el

acto mas importante de su vida. Los hijos, huérfanos muchas veces en edad muy tierna, ó trasportados á paises lejanos, pueden razonablemente ignorarlo, pues que se trata de hecho ageno y pasado antes de su nacimiento.

Bastará, pues, que prueben lo espresado en el artículo, ó lo que es lo mismo, la posesion de estado de sus difuntos padres, y que su calidad de hijos legítimos conste de sus partidas de nacimiento.

Y ni les será necesario probar la posesion de estado de sus padres, si esta se halla *enunciada en las mismas* partidas bajo cuya fé y garantia comenzaron á existir y han existido siempre en la sociedad. El libro de nacimientos es, por decirlo así, en el órden civil, el libro de los *destinos*: la ley lo instituye para este efecto, y debe amparar al que tiene su título en el mismo.

Por la sola circunstancia de no presentarse, etc.: pero podrá contradecirse por otra causa ó título, por ejemplo, probando que en la época del nacimiento del hijo, su padre o madre estaban realmente casados con otra persona que la designada en la partida de nacimiento: la ilegitimidad seria entonces evidente; y la presuncion, como simplemente *juris*, cederia á la verdad.

Cuando la ausencia ó enfermedad, etc.: porque en tales circunstancias el caso viene á ser el mismo que si hubieran muerto los padres, pues tienen igual imposibilidad de manifestar el lugar en que se casaron, y *ubi eadem est ratio, idem jus esse debet.*

La disposicion de este párrafo, aunque omitida en el artículo 197 Frances, estaba unánimemente admitida; y ha parecido oportuno consignarla espresamente.

TITULO IV.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACION.

CAPITULO PRIMERO.

De los hijos legítimos.

ARTICULO 101.

Se presumen legítimos los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolucion.

Contra esta presuncion no se admite otra prueba que la de haber sido

físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al nacimiento.

312 Frances, 234 Napolitano, 203 de la Luisiana, 162 de Vaud, 303 Holandes, 2, capitulo 3, parte 1, Bávaro, 138 Austriaco: los 4 y 19 Prusianos, título 2, parte 2, ponen 210 dias ó siete meses cumplidos despues de la celebracion del matrimonio, y 302 en lugar de los trescientos despues de su disolucion.

«*Pater est quem nuptiæ demonstrant*» ley 5, título 4, libro 2 del Digesto, «*filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur.*» *Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium: Mihi videtur, si constet maritum aliquandiis cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia justa causa: vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse:*» ley 6, título 6, libro 1 del Digesto. «*Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis:*» ley 12, título 5, libro 1 del Digesto. Esta ley, tomada del Jurisconsulto Paulo, debe, segun unos, entenderse del séptimo mes cumplido, *pleno*, que es la espresion usada por Paulo al número 5, título 9, libro 4. *Recep. sentent*: pero la ley no contiene la tal espresion fundándose en la autoridad de Hipócrates: el citado número 5 no es ley, sino una opinion particular fundada en la pucrilidad de ser el siete número Pitagórico, *ratio enim Pythagorici numeri hoc videtur admittere.*

Por último, la ley 3, párrafo 12, título 16, libro 38, su autor Ulpiano, dice terminantemente: «*De eo, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.*»

«*Post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem.*» La misma ley 3, párrafo 11, la 29, título 2, libro 28 del Digesto y Novela 39, capítulo 2. «*Decemviri in X gigni hominem non in undecimo*, título 2 de las doce Tablas.

«Si pudiere ser provado que el fijo de alguna muger nasciere della, seyendo casada con aquel marido, é non aviendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiessen verdaderamente sospechar, segund natura, que el fijo fuera de otri, non le empece en ninguna manera lo que el padre ó la madre dixessen,» ley 9, título 14, Partida 3. La 4, título 23, Partida 4, citando como la Romana á Hipócrates habla con mayor claridad. «Si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariesse su muger, legítima seria la criatura que nasciere é se entiende que es de su marido, magüer en tal tiempo sea nascida;

solo que ella viviesse con su marido á la sazon que finó: Mas si la nascencia de la criatura tañe un dia del onzeno (mes) despues de la muerte del padre, non deve ser contado por su fijo».

«La criatura que nasciere fasta en los siete meses, que sólo que tenga un dia del seteno mes, que es cumplida é vividera. E debe ser tenida tal criatura por legítima, del padre, é de la madre, que eran casados, é bivien en uno á la sazon que la concibió.»

La ley recopilada 2, título 5, libro 10 (13 de Toro) señala vagamente la ausencia del marido, ó el tiempo del casamiento, para que el parto (criatura) no sea habido natural ni legítimo.

Se presumen, etc. La sola naturaleza no puede servirnos de guia en esta materia, la mas interesante del Código civil: ella misma ha cubierto con un velo misterioso é impenetrable la trasmision de nuestra existencia: el secreto de la paternidad es tal vez el único que asusta y desconcierta todos los esfuerzos del saber y del orgullo humano.

Mas á pesar de esto, no podia dejarse en incertidumbre la paternidad, porque siendo el principio y base de las familias, lo es por necesidad de todo el órden ó edificio social.

En la imposibilidad de tomar de la naturaleza un signo material, evidente é infalible de la paternidad, y en la necesidad de tener uno para la exacta division de las familias, y la sucesion cierta de los individuos y bienes, se ha recurrido á la presuncion mas cercana á la prueba, y de una fuerza casi igual á la evidencia.

Todos los pueblos, antiguos y modernos, han adoptado como por un acuerdo la famosa regla ó axioma. *Pater est quem justæ nuptiæ demonstrant*: este es el signo social y legal de la paternidad. La presuncion en que se funda es tan natural y decorosa, tan útil y justa, y sobre todo tan necesaria, que fuera de ella no seria posible la sociedad; y por estas mismas consideraciones no se admite en contra otra prueba que la especialísima de este artículo.

Despues de ciento ochenta dias, etc. La ley Romana y de Partida disponian lo mismo usando de la palabra mes. «*Septimo mense nasci perfectum.*» «Solo que tenga un dia del seteno mes», y sabido es que por esta palabra se entendian y entienden treinta dias: vé el artículo 15: sin embargo, hay mayor claridad en usar de la palabra *dias*, tanto para este caso, como para el siguiente.

La marcha constante y uniforme de la naturaleza es que la criatura no nazca perfecta y de vida antes de haberse pasado los seis meses de preñez. El legislador no ha podido tomar guia mas segura para establecer una regla general sin ninguna especie de escepcion: en cualquiera caso que se pretenda probar lo contrario, debe creerse mas en la debilidad femenina que en el trastorno de las leyes naturales.

Por iguales razones y con la misma inflexibilidad establece la ley otra regla general para los nacimientos tardíos ó de mas de trescientos dias. Así es que en ninguno de los dos casos podrán los tribunales desviarse de estas reglas, ni admitir conjeturas ó probabilidades fundadas en la honestidad, delicadeza ó robustez de la madre, ó en otra cualquiera consideracion ó precedente. Desde el primer dia del séptimo mes hasta el último del deceno, ambos inclusive, quedan cuatro meses ó ciento veinte dias, que forman el término fatal de los partos legítimos y perfectos, descartada la ridícula cuestion de si lo es ó no el del octavo mes.

Dentro de los trescientos siguientes, *etc.* Son los diez meses de la ley Romana y de Partida; *sin tañer un dia del onceno*: vé lo espuesto en el párrafo anterior: y nada importa que el matrimonio se disuelva por muerte del marido ó por la declaracion de nulidad: vé los artículos 91 y 92.

Haber sido fisicamente imposible, *etc.* Por santa, fuerte, y si se quiere hasta tiránica, que sea la presuncion legal de la paternidad, no puede admitirse contra lo imposible y lo absurdo: la ley que diera á una mentira evidente el título y poder de la verdad, no seria sino un escándalo social y el envilecimiento del matrimonio.

Pero la imposibilidad física debe ser evidente é incontestable. La ley Romana habla en primer lugar de la imposibilidad nacida de la ausencia del marido por ser el caso mas frecuente y claro; pero en seguida admite el de impotencia por cualquiera justa causa aun accidental.

La de Partida en la palabra *alongado* se refiere claramente á la ausencia y lejania, pero habla como por incidencia y no puede inferirse que rechace el otro caso de imposibilidad física de la ley Romana, cuando la razon es idéntica en ambos: el artículo por los términos generales en que está concebido, se halla conforme con la ley Romana, aunque esta es mas esplícita y minuciosa.

Pero á pesar de su lenguaje absoluto y de la gravedad de la materia, no puede escluirse el arbitrio judicial para apreciar, segun las circunstancias, en el caso de ausencia, si esta ha constituido ó no la imposibilidad física del acceso.

Parecido al caso de ausencia es el de la prision é incomunicacion de los dos ó de uno de los esposos; pero como haya sido posible el acceso de estos, ganando al alcaide, debe el juez ser muy cauto y escrupuloso en admitir la imposibilidad por esta sola causa.

La prision es la ausencia misma, si la separacion de los esposos ha sido tan exacta y continua, que en el tiempo de la concepcion les ha sido físicamente imposible reunirse un solo instante.

En suma; para constituir la escepcion de ausencia, no es necesario que medie entre los esposos el espacio inmenso de los mares, como afectadamente pretenden algunos: basta que la ausencia sea tal, que en el momento de la concepcion haya sido físicamente imposible toda reunion, aun momentánea, entre los esposos.

Para decidir sobre la imposibilidad por impotencia, será forzoso atenerse á las declaraciones y juicio de los facultativos: vé el artículo siguiente.

En los primeros ciento veinte dias de los trescientos, etc. O en los cuatro primeros meses (contándose de treinta dias) de los diez anteriores al nacimiento. Probada la imposibilidad física del acceso en el tiempo del artículo, la criatura no habrá nacido dentro de los trescientos dias (diez meses), que son el término mas largo de los nacimientos tardios, ni despues de los ciento ochenta dias (seis meses), término de los nacimientos mas precoces: ejemplo.

La muger libra en 26 de diciembre.

Los diez meses de treinta dias, ó los trescientos dias anteriores al nacimiento, comienzan á correr desde el primero de marzo, y se completan en 25 de Diciembre, ambos inclusive.

Los cuatro primeros meses de los diez, ó los ciento veinte dias de los trescientos, se completan el 29 de junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad física del acceso por haber estado ausente en todo el dicho período, y no haber regresado hasta el treinta de junio.

El parto no será legítimo, porque tocó ya un dia del onceno mes, ó tuvo lugar á los trescientos un dias desde que sobrevino la imposibilidad física, y dentro de los ciento ochenta dias, ó sin tocar un solo dia del séptimo mes desde que cesó: desde el 30 de junio, en que regresó el marido, hasta el 26 de diciembre, en que libró su muger, ambos inclusive, van seis meses justos de treinta dias, ó ciento ochenta dias.

ARTICULO 102.

El marido no podrá alegar como causa de imposibilidad física su impotencia anterior al matrimonio; pero si la posterior, con tal que no se funde en su vejez, ni desconocer al hijo por causa de adulterio de su madre, aunque esta declare contra la legitimidad.

El artículo 313 Frances habla de impotencia *natural*: en los términos generales del nuestro se halla tambien comprendida la *accidental*, y se cierra la puerta á la cuestion suscitada sobre la inteligencia del artículo frances segun Rogron. En la impotencia natural cabe ignorancia; en la accidental no: es, pues, mas culpable la ocultacion ó silencio acerca de la segunda.

El artículo Frances no espresa que la impotencia haya de ser *anterior* al matrimonio; pero lo sobreentiende asi con solo decir *natural*, porque no cabe impotencia de esta especie sin haber existido siempre. Por esto en el discurso 27 se lee: «¿Cómo concebir, sin indignarse, el cinismo impudente de un hombre que pudiera revelar su torpeza é infamia para deshonrar su compañera y víctima? Porque debe observarse que en tal caso la muger habria sido la primera víctima del hombre impotente, que se ha presentado al matrimonio con todas las esperanzas de la paternidad.»

Sobre la segunda parte de nuestro artículo, el Frances hace una escepcion, admitiendo al marido la prueba de todos los hechos propios para justificar que no es el padre, cuando la muger le haya ocultado el nacimiento del hijo.

Siguen al artículo 313 Frances, el 325 Napolitano, 204 de la Luisiana, 152 Sardo, 307 Holandes, y 165 de Vaud; este último escéptúa tambien el caso de haber sido concebido el hijo despues de intentada la accion de adulterio. El artículo 9 Bávaro, capítulo 4, parte 1.ª, admite simple y vagamente la causa de impotencia para desconocer al hijo; lo mismo se ve en los 4 y 9 Prusianos, título 2, parte 1.ª

La ley 6, título 6, libro 1 del Digesto, citada en el artículo anterior, admite la impotencia sin distinguir entre natural y accidental, entre anterior y posterior al matrimonio.

En todo el título 8, Partida 4, se trata de la impotencia con arreglo al Derecho canónico. La impotencia del hombre, ora natural por ser él de *fria natura*, ora ocasional como por *castracion*, precediendo al matrimonio, son causa de nulidad que puede reclamarse en cualquier tiempo por el hombre como por la muger: de consiguiente, declarada la nulidad, el hijo, si entretanto lo hubiese habido, seria por necesidad ilegítimo.

Contraido válidamente el matrimonio, solo puede sobrevenir la impotencia accidental ú ocasional, como el ejemplo propuesto de castracion, que no anula el matrimonio; leyes 6, título 2, y 4, título 8, Partida 4; pero hará ilegítimos los hijos concebidos desde que sobrevino.

Nuestro artículo y todos los de los Códigos modernos arriba citados admiten, como el Derecho canónico, la prueba de la impotencia *accidental* sobrevenida durante el matrimonio.

Habria imprudencia en querer fijar las especies, los casos y accidentes que pueden producirla, bien se trate de una herida, mutilacion ó enfermedad grave y larga. Basta saber que la causa debe ser tal, y probada de modo, que en el intervalo del tiempo presunto de la concepcion, no pueda suponerse un solo instante en que el marido haya podido hacerse padre.

Pero hay una contradiccion de inmensos resultados entre nuestro artículo y el Derecho canónico sobre la impotencia anterior al matrimonio.

Nuestro artículo prohibe al marido desconocer al hijo por esta causa: el Derecho canónico le autoriza á reclamar por ello la nulidad del matrimonio, y los artículos 48 y 90 dejan subsistente el Derecho canónico en todo lo relativo á la nulidad.

Si esta llega á declararse, el hijo necesariamente será ilegítimo, porque no puede serlo de quien prueba y es declarado impotente antes y despues de contraer matrimonio.

De desear fuera la armonía de ambos derechos en este punto; pero como la legitimidad para los efectos civiles pende esclusivamente de la ley civil, y como los artículos 48 y 90 son concesiones de gracia y de política, ha parecido conveniente esta modificacion parcial en una de sus consecuencias. El Código Sardo ordena en sus artículos 108 y 144 lo mismo que los nuestros 48 y 90, y sin embargo en el 152 copia al 313 Frances.

Afortunadamente los casos serán en adelante tan raros como lo han sido hasta ahora: la legislacion é historia Romanas no nos han trasmitido un solo ejemplo de aplicacion. Pero han ido siempre acompañadas de tanto escándalo é infamia, de tanta insuficiencia y oscuridad en las pruebas, que la decencia pública, la santidad del matrimonio y el reposo de las familias exigian su desaparicion: vé la ley 5, título 8, Partida 4.

Los monstruos no deben existir en la ley, aun suponiendo que existan en la naturaleza. La justicia eterna, aquella voz magestuosa de toda conciencia pura, dice que en este caso, si llegase á existir, el hombre debe soportar todas las cargas de la paternidad, pues que temerariamente ha afectado ser capaz de ella, y devorar la vergüenza de cargar con un hijo que puede no ser suyo, pero que él ha tenido la fraudulenta audacia de prometer á su muger y á la sociedad.

Pero si la posterior, etc. En esto convienen todas las legislaciones: el marido no es culpable de superchería, y la impotencia necesariamente ha de ser accidental ú ocasional, como se vé en el ejemplo de la ley 4, título 8, Partida 4.

Vejez: porque es imposible fijar la impotencia por esta causa: esta escepcion podia haberse suprimido.

Por causa de adulterio, etc.: he notado arriba la escepcion que el artículo 313 Frances y demas modernos hacen para el caso de haber ocultado la muger á su marido el nacimiento del hijo: las leyes Romanas no la admitieron, y eran seguidas en Francia antes de la Revolucion.

«*Non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur infanti præ judicat. Cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse*,» ley 11, párrafo 9, título 5, libro 48 del Digesto. «*Nec obest professio á matre irata facta*,» ley 29, párrafo 1, título 5, libro 22 del Digesto.

La ley 9, título 14, Partida 3, copia y simplifica la Romana. «Por tales palabras non deve el fijo ser deseredado, nin le empece en ninguna manera.»

En los discursos 25, 26 y 27 se trata de justificar la innovacion ó escepcion mencionada, apurando todos los recursos del ingenio y todos los encantos de la elocuencia.

La comision prefirió mantener la legislacion Romana y Patria, y no derogar la regla tutelar y conservadora de la sociedad, *pater est quem nuptiæ demonstrant*, sino en el caso de ser físicamente imposible la paternidad del marido; y ni el adulterio, ni la confesion de la madre, ni la ocultacion del parto constituyen esta imposibilidad.

Cierto es que las presunciones en contrario son muchas y gravísimas, y por esto se las quiere elevar hasta el punto de constituir una *imposibilidad* moral; pero toda brecha que se abra en la regla indicada por simples presunciones, conmueve los cimientos del edificio social, fuera de que la madre no puede, ni por sus palabras, ni por sus obras despojar al hijo de la respetable é imponente calidad de legítimo que le da el matrimonio: *puede ser hijo del marido; luego lo es:* admitid una sola escepcion, bien pronto las pasiones aspirarán á otras. La ocultacion del parto no es mas que un reconocimiento, ó confesion tácita de que es ilegítimo; ¿y se quiere dar mas fuerza á lo tácito que á lo espreso?

ARTICULO 103.

El marido podrá desconocer al hijo nacido trescientos dias despues que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separacion definitiva ó provisional prescrita en los artículos 81 *y* 91.

Sin embargo, la muger podrá proponer todos los hechos conducentes para probar la paternidad de su marido.

Es el artículo 309 Holandes con la adicion, «De hecho.» El 207 de la Luisiana dice: «La legitimidad del hijo, nacido trescientos dias despues de haberse pronunciado la sentencia de divorcio (separacion de cuerpo), podrá ser atacada, á menos que se pruebe que ha habido cohabitacion entre los dos esposos despues del divorcio; porque se presume que aquellos obedecieron á la sentencia que lo pronunció.»

«Pero en el caso de separacion voluntaria, se presume siempre la cohabitacion si no se prueba lo contrario.»

Se ha preferido el artículo Holandes por espresar que los trescientos dias corren desde la ejecutoria, aunque tal vez sea este mismo el espíritu del de la Luisiana.

El primero es mas razonable, porque admite todos los hechos conducentes á la prueba de la paternidad; el segundo la restringe á la cohabitacion.

El primero calla justamente sobre la separacion voluntaria, como que es inmoral é ilegal; el segundo la favorece en cierto modo, admitiendo sobre la cohabitacion otra prueba que la imposibilidad física.

Judicialmente y de hecho. Deben concurrir las dos circunstancias: con el *judicialmente* se escluye la separacion voluntaria; y no basta la providencia judicial hasta que *de hecho* haya tenido lugar la separacion.

Definitiva ó provisional: la razon es idéntica en ambos casos, y en ambos se presume que los esposos cumplieron con la sentencia ó auto de separacion.

Sin embargo, la muger podrá etc. La presuncion, que acabo de indicar, basta al marido para desconocer al hijo, y le releva de toda otra prueba.

Pero la presuncion, por regla general, debe ceder á la verdad, ó á otra presuncion mas fuerte; vé el artículo 1227: podrá, pues, la muger probar que á pesar de la sentencia ha habido comunicacion personal y reservada entre ella y su esposo.

Lo dispuesto aquí para el caso de separacion *provisional* en materia de divorcios debe aplicarse á la de nulidad del matrimonio.

Entablado el pleito de nulidad, y realizada la separacion provisional, el hijo, nacido trescientos dias despues de ella, podrá ser desconocido por el marido, si se declara válido el matrimonio, salvo á la muger el beneficio de este artículo.

Hay otra cuestion mas general. Contrajeron matrimonio dos que tenian impedimento dirimente, pero lo ignoraban los dos, ó al menos uno de ellos.

Muévese pleito sobre la nulidad de este matrimonio: *¿Los hijos concebidos durante el pleito, y antes de ejecutoriarse la nulidad, serán legítimos?*

La ley 1, título 13, Partida 4, los declara legítimos, pero supone que no hubo separacion provisional: pueden verse las varias opiniones y distinciones sobre este caso en la glosa 6 de Gregorio Lopez á la dicha ley.

Yo estaria simple y absolutamente por la legitimidad de los hijos, porque toda duda debe resolverse á favor de ella, y la ley lo declara así, *cuantos fijos fizieren entretanto que estubieren en esta dubda*, se-

rian legítimos: con separacion, ó sin ella, no habria mas que duda: la Comision opinó por su legitimidad únicamente si no la impugnaba el mismo marido.

ARTICULO 104.

El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio:

1.° *Si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa.*

2.° *Si estando presente consintió que se espresara su apellido en la partida de nacimiento.*

3.° *Si de cualquier otro modo ha reconocido espresa ó tácitamente por suyo el hijo de su muger.*

El artículo 314 Frances admite los dos primeros números, y pone por número tercero: «Si la criatura no ha nacido de vida:» Le siguen el 236 Napolitano, 209 de la Luisiana, 155 Sardo, 164 de Vaud y 306 Holandes: el 155 Austriaco habla solo del número primero.

Dentro de los ciento ochenta dias. Segun el artículo 101 este hijo no se presume legítimo, ni puede serlo, puesto que no fué concebido en legítimo matrimonio: pero se entenderá legitimado por el subsiguiente matrimonio, si el padre no lo contradice ó desconoce.

Y no bastará para esta legitimacion el reconocimiento espreso ó tácito del padre, si no concurren los términos hábiles del artículo 123. Supongamos que Pedro, á los cuatro meses de haber enviudado de Juana, casa con Maria, y que está libre al mes ó dos meses siguientes á la celebracion del matrimonio, por manera que no pasan seis meses y un dia desde que Pedro enviudó.

Este hijo no puede ser legitimado porque *fué fecho en adulterio*, ley 2, título 15, Partida 4; al tiempo de su concepcion Pedro, como casado con Juana, no podia casar con Maria: será, pues, inútil el reconocimiento espreso ó tácito de Pedro.

Número 1.°: *Si supo*: porque se presume *juris et de jure* en este caso, que el padre contrajo el matrimonio para reparar la debilidad ó falta anterior, y que no habria consentido en él sin estar persuadido de que la muger llevaba en su vientre el fruto de sus amores recíprocos.

Pero es necesario que conste claramente la ciencia del marido: las relaciones íntimas de este con su muger antes del matrimonio no bastarian por sí solas á establecerla.

Número 2.° En la partida de bautismo se consigna el estado civil del hijo: no se debe por lo mismo permitir al padre que venga despues contra este solemne é importante reconocimiento: vé el artículo 346.

Número 3.° En una materia tan importante y delicada no debe admi-

tirse una retractacion que lastimaria el honor de la madre y los derechos que por el reconocimiento espreso ó tácito habia adquirido ya el hijo. Este es uno de los casos en que *naturalmente, ninguna cosa que viva, non quiere aparceria*, ley 1, título 14, Partida 2: el número tercero, si bien se mira, comprende y hace inútil al número segundo.

Se ha omitido por no necesario el caso de los Códigos estranjeros. «Si la criatura no ha nacido de vida.»

Segun el artículo 107, la tal criatura se reputa no nacida: ¿qué interés civil tiene, pues, el marido en desconocerla? ¿Y habrá de permitirse la malignidad de que lastime á tuerto ó á derecho el honor de su muger, á quien ni siquiera puede acusar de adulterio?

Quede, pues, sentado que si se ha omitido este caso especial ha sido tan solo por no creerse que haya un marido tan estúpido ó maligno que intente el desconocimiento de lo que *en el órden legal* no existió; si lo intentara, no deberia ser oido, y así se establece por regla general en el artículo 108.

ARTICULO 105.

En todos los casos en que el marido puede contradecir la legitimidad del hijo, deberá hacerlo en juicio dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia de su nacimiento.

El 316 Frances señala el término de un mes, si el marido se encuentra en el lugar del nacimiento, y el de dos, si está ausente, ó despues del descubrimiento del fraude, cuando le ha sido ocultado el nacimiento. Siguen al Frances el 154 Sardo, 238 Napolitano, 166 de Vaud, 210 de la Luisiana y el 311 Holandes. El 158 Austriaco señala indistintamente tres meses despues de haber tenido conocimiento del hecho: el 7 Prusiano, título 2, parte 2, señala un año desde que el marido supo el nacimiento del hijo.

Ha parecido preferible el pensamiento de los dos últimos Códigos en cuanto á que el término no empiece á correr en todos los casos sino desde que se tuvo noticia del nacimiento. Sin esta noticia no pudo en ningun caso reclamar el marido, y teniéndola, no hay motivos de diferencia entre uno y otro caso.

Se ha abreviado el término de los Códigos Austriaco y Prusiano, porque en materia tan sensible nadie calla por mucho tiempo, y la incertidumbre del estado de los hijos no debe ser larga.

Si el marido, noticioso del nacimiento, dejase pasar el término legal, se entenderá que ha reconocido tácitamente al hijo; pero la reclamacion ó contradiccion deberá ser *judicial*: la legitimidad del hijo no debe quedar pendiente de lo vago é incierto de contradicciones privadas.

ARTICULO 106.

Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias de la celebracion del matrimonio, cuando él no haya comenzado esta demanda. En los demas casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamacion, pero dentro del término útil para hacerlo, los herederos tendrán dos meses para proponer la demanda, y este término comenzará á correr desde el dia en que el hijo haya sido puesto en posesion de los bienes del marido, ó desde que los herederos se vean turbados por él en la posesion de la herencia.

El primer párrafo ó periodo del artículo se aparta del 317 Frances, copiado en el 115 Sardo, 239 Napolitano, 211 de la Luisiana, y 167 de Vaud, que hablan en general de todos los casos en que pudo reclamar el marido.

La diferencia de nuestro artículo se funda en que el hijo nacido dentro de los ciento ochenta dias puede ser del marido, y las mas veces lo será, como que esto suele dar ocasion al matrimonio. Si el marido murió antes del nacimiento, ¿quién podrá descorrer el velo de un misterio sabido únicamente por él y por su muger? Si murió despues del nacimiento, pero antes de espirar los dos meses, sin haber reclamado, seria tan inhumano como inmoral arrojar el escándalo y el oprobio sobre una esposa y un hijo contra los que nada habia dicho el esposo y padre.

El segundo párrafo ó periodo de nuestro artículo está conforme con los estranjeros ya citados. El 313 Holandes solo concede accion á los herederos cuando fué físicamente imposible la cohabitacion del marido y de la muger, segun nuestro artículo 101.

Los 7, 14 y 15 Prusianos, título 2, parte 2, dicen: «Solo el marido puede atacar la legitimidad del hijo. Los parientes no tienen esta facultad sino para continuar la accion del marido, muerto antes de la sentencia definitiva, ó cuando ha muerto antes de espirar el año desde el nacimiento del hijo.»

Segun el 17 los llamados á la sucesion de un feudo pueden impugnar la legitimidad del hijo, aun contra la voluntad del marido, escepcion que convendria adoptar si revivieran los mayorazgos.

En los demas casos. Son los del párrafo segundo del artículo 101 y del 103, cuando el hijo nació trescientos dias despues de la imposibilidad física, ó de la disolucion del matrimonio, ó de la separacion judicial y de hecho.

Si el marido ha muerto. Esta disposicion no puede estenderse al caso de declaracion de ausencia, pues los artículos 318 y 323 hablan solo

de derechos sobre los bienes del ausente. Pero no importa que el marido haya muerto antes del nacimiento del hijo, ó despues en tiempo útil para reclamar.

Los herederos: porque representan al marido difunto y le suceden en todas sus obligaciones, derechos y acciones: los parientes del marido que no le heredan no podrán intentar esta accion.

Dos meses: la legitimidad de los hijos no puede quedar incierta por largo tiempo.

Desde el dia, etc., ó desde que: porque desde entonces únicamente tienen interes los herederos en impugnar la legitimidad del hijo.

Se vean turbados: judicial ó estrajudicialmente, como si el hijo por sí, ó por su tutor, ha notificado á los herederos sus pretensiones á la legitimidad, y por consiguiente á la herencia del difunto.

ARTICULO 107.

Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales.

El artículo 725 Frances se limita á decir que no puede heredar el hijo que no ha *nacido viable*, de vida. Le siguen el 146 Napolitano, 512 de Vaud, el 22 Austriaco, capítulo 3, parte 2; el 705 Sardo añade que se presume viable el que se pruebe haber nacido vivo; los 3 y 183 Holandeses, aunque menos claros: porque el 3 solo dice: «El hijo que no nace vivo, se reputa no haber existido nunca.» El 28 de la Luisiana dice lo mismo que el 3 Holandes; el 2 Bávaro, capítulo 3, libro 1: «No se presume viable el hijo sino cuando la madre ha librado (á terme) en el tiempo legal;» el 948 de la Luisiana: «Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante;» y el 917 del mismo Código; «La existencia del hijo nacido vivo se determina por su respiracion, ó sus vagidos, ó por otros signos.»

Se vé, pues, que ninguno de los Códigos citados ha fijado reglas sobre la época de la *viabilidad*. Dícese, para justificar esta omision, que no pueden darse reglas bastante seguras y precisas, porque los misterios de la naturaleza son impenetrables, y que es preferible dejar las diversas cuestiones, que puedan suscitarse en esta materia, al juicio de los tribunales, que se decidirán segun los hechos y circunstancias particulares.

La legislacion Romana es mas minuciosa, al paso que se contenta con que el hijo nazca vivo, *aunque no sea viable ó de vida, aunque muera al momento.*

«*Qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur.*» Ley 129 de *Verborum significatione.*

«*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis, converso more, procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigium enixa sit.*

Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, inter liberos connumerabitur: Ley 14, título 5, libro 1 del Digesto y 135 de *verborum significatione.*

Filium natum accipe, et si execto ventre editus sit, ley 12, título 2, libro 28 del Digesto y 41 de *verborum significatione*: *uxoris abortu testamentum mariti non solvi; posthumo vero præterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum juris evidentisime est*, ley 2, título 29, libro 6 del Código. *Si vivus ad orbem totus procesit, ad nullum declinans monstrum, vel prodigium. Si vivus perfecte natus est licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstectricis decesit, nihilominus testamentum rumpi.* Ley 3 idem.

Las leyes de Partida estaban conformes en todo con las Romanas que acabo de copiar: vé las 5 y 5, título 23, Partida 4, 26, título 2, Partida 6, y 8, título 33, Partida 7.

Pero la ley 17, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, habia exigido que la criatura viviese diez dias y fuese bautizada; la 5, título 6, libro 3 del Fuero Real, se habia limitado á solo el bautismo; y últimamente la 3 de Toro, hoy recopilada 2, título 5, libro 10, *por evitar muchas dudas* y fijar esta materia, ordenó que para no ser tenido por abortivo el parto ó hijo, habia de nacer todo vivo en tiempo que podia vivir naturalmente; vivir veinte y cuatro horas naturales y ser bautizado: lo del tiempo se refiere á los siete y diez meses de que se habla en la ley 4, título 23, Partida 4.

Por la 52 de las Córtes de Navarra se exige el bautismo y haber vivido veinte y cuatro horas; las Córtes no habian pedido sino doce.

La Comision creyó que este importantísimo punto para la materia de herencias no debia pender de un solo instante de vida, como lo establecieron las leyes romanas y de las Partidas: no nacer *viable* ó de vida, viene á ser á los ojos del legislador lo mismo que no nacer ó nacer muerto.

Creyó tambien contra los Códigos modernos que debian fijarse reglas ciertas para la *viabilidad*. ¿Cómo dejar las herencias en la incertidumbre, dar ocasion á un pleito en cada caso, y á fallos encontrados en diferentes y aun en los mismos tribunales, con mengua del legislador y de los jueces? Cuando no pueda llegarse á la seguridad y precision es preciso atenerse á lo mas comun y verosímil, como se establece para los casos del artículo 101.

Prefirió, pues, conservar en su fondo la verdadera legislacion española que es en todo la de los Fueros: omitió el bautismo, como estraño á las leyes físicas y á los efectos civiles, y dobló el número de horas.

A decir verdad, debia parecer suficiente el de veinte y cuatro señalado en la ley de Toro que formaba el último estado; pero habia en el seno de la Comision sugetos respetables que miraban como un despojo hecho á la familia del padre ó madre difuntos esta súbita trasmision de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura veinte y cuatro horas, y pretendian prolongarla mucho mas allá de los diez dias del Fuero Juzgo: el término de cuarenta y ocho horas fué como una especie de transaccion: de todos modos, si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento será siempre arbitrario.

Para los efectos legales: sobre herencias: en este sentido han hablado todos los Códigos antiguos y modernos.

Desprendido enteramente. Hasta que esto suceda, no se tiene, ni puede tenerse por nacido; pero no importa que suceda naturalmente, *exsecto ventre, exciso utero matris editus sit*, despues de muerta esta, leyes 12, título 2, libro 28, y 141, título 16, libro 50 del Digesto.

Con figura humana; segun lo disponian las 12, 14, título 5, libro 1, y 135, título 16, libro 50 del Digesto, la 5, título 23, Partida 4 y la 8 título 33, Partida 4: como *si oviessen cabeza ó otros miembros de bestia*: la ampliacion ó mengua de miembros humanos *no empece* segun las mismas leyes.

ARTICULO 108.

En ningun caso podrán el marido ni sus herederos proponer la demanda de ilegitimidad, si falta cualquiera de las circunstancias determinadas en el artículo anterior.

Viene á ser el tercer caso del artículo 314 Frances seguido por los estranjeros que he citado en el nuestro 104: al final del mismo tengo dadas las razones del presente artículo.

CAPITULO II.

De las pruebas de la filiacion de los hijos legítimos.

ARTICULO 109.

La filiacion de los hijos legítimos se prueba por la partida de bautismo, y en su defecto, por la posesion constante del estado de hijo legítimo.

El Código de la Luisiana da á su seccion 2, capítulo 2, el epígrafe «De la manera de probar la filiacion legítima:» los demas Códigos siguen el epígrafe Frances, como el nuestro: el Holandes trata de esto en una seccion, que como nuestro capítulo anterior, lleva el epígrafe «De los hijos legítimos.»

El artículo ha sido tomado de los 319 y 320 Franceses, 212 y 213 de la Luisiana, 241 y 242 Napolitanos, 158 y 159 Sardos, 168 y 169 de Vaud, 316 y 317 Holandeses. El artículo 9 Bávaro, capítulo 4, parte primera, dice: «Son admitidas todas las pruebas para establecer la paternidad, la filiacion y el parentesco natural.»

La filiacion. No debe confundirse la *filiacion con la legitimidad*: la primera es la simple calidad de hijo, que puede ser legítima para el nacido en matrimonio, é ilegítima para el nacido fuera de él.

No es, pues, la legitimidad mas que un atributo de la filiacion, y para probarla es necesaria al hijo la partida del matrimonio de sus padres, segun el artículo 98, y habiendo muerto estos, dar la prueba del artículo 100: este pensamiento se halla espresamente consignado en el artículo 117, final de este capítulo.

Aquí se trata solo de los medios de probar la filiacion, porque se supone que un hijo se presenta á dos esposos legítimamente casados, pretendiendo haber nacido de su matrimonio.

Por la partida de bautismo: pues que hace fé en juicio segun el artículo 346 y contiene, no solo el nacimiento del hijo, sino la declaracion de su filiacion segun los 350 y 356: es, por decirlo así, el pasaporte y sello social con el que el hombre entra en el mundo y emprende el viaje de la vida.

Pero si al que presenta la partida de bautismo se le negare la identidad de la persona á que se refiere aquella, estará obligado á probarla, aunque podrá hacerlo por testigos, instrumentos, etc.

En su defecto la posesion constante, etc. Está conforme con lo dispuesto en la ley 9, título 4, libro 5 del Código. *Si vicinis, vel aliis scientibus: quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filliam pertinentes factæ sunt*, etc.

Pueden no haber existido los registros, ó haberse perdido; puede haberse omitido, ó falsificado en ellos la partida de nacimiento; todo esto puede haber sucedido por casualidad ó fuerza mayor, por negligencia ó malicia.

El artículo 347 ha previsto este caso; pero no ha entrado en su objeto el estatuir sobre todos los medios admisibles y legítimos para restablecer el estado de los hijos.

La posesion es el goce público que todo individuo puede tener del lugar que ocupa en la sociedad y en la familia.

No resulta, pues, de un hecho solo y aislado, sino de muchos hechos públicos encadenados y repetidos todos los dias, viniendo de este modo á formar la mas sólida y menos dudosa de las pruebas.

Así la posesion pública y constante del estado del hijo legítimo reemplaza naturalmente la falta de la partida de nacimiento, y es por lo comun mas significativa que esta: por de contado aleja en todos los casos la cuestion sobre la identidad de la persona.

Síguese igualmente de lo dicho que esta misma posesion puede conducir á la reforma ó rectificacion, cuando hubo error ó fraude en los registros.

ARTICULO 110.

La posesion de estado de hijo legítimo se acredita por una reunion de circunstancias que concurran á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre, con anuencia de este, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público.

321 Frances, 243 Napolitano, 214 de la Luisiana, 159 Sardo, 170 de Vaud; el 317 Holandes difiere algo de ellos.

Reunion de circunstancias. Ya he dicho que la posesion no resulta de un hecho solo y aislado; pero tampoco es necesario que se reunan todas las circunstancias ó hechos propuestos por via de ejemplo en el artículo; antes bien es evidente que hay entre ellos algunos que, siendo continuos y manifiestos, pueden por sí solos completar la demostracion sin el auxilio de ningun otro.

Tales como. Estas palabras dan á entender claramente que las circunstancias ó hechos del artículo se proponen como ejemplos y para ilustrar el ánimo del juez, no *taxativamente*, y para hacer pender de ellos solos la prueba de la posesion de estado: en toda la materia de este artículo se deja, y no podia menos de dejarse, la conveniente latitud al arbitrio judicial.

Y para probar por testigos la posesion de estado, no es necesario que haya *un principio de prueba por escrito*, pues el artículo 12, que requiere esta circunstancia, habla precisamente del caso de no probarse la filiacion por la partida de bautismo, ó por la posesion de estado.

ARTICULO 111.

Nadie puede reclamar un estado contrario al que resulte de su partida de nacimiento, si esta guarda conformidad con la posesion de estado; y ninguno puede impugnarlo en el mismo caso.

322 Frances, 244 Napolitano, 165 Sardo, 171 de Vaud, y 318 Holandes.

El título ó partida de nacimiento y la posesion de estado constante, pública y conforme con él, fijan irrevocablemente el estado de la persona: ni esta puede pretender otro, ni nadie disputarle el que disfruta: la partida prueba el nacimiento y filiacion legítima; la posesion asegura la identidad de la persona.

Una sola escepcion puede encontrarse á la regla general de este artículo, á saber: la suposicion de parto y la sustitucion de un niño por otro, delitos previstos en el artículo 382 del Códino penal, porque entonces flaquearia la identidad de la persona.

Téngase tambien presente mi observacion al artículo 99 en las palabras *ser impugnado*: el hijo de padres, que contraen matrimonio sabiendo que media entre ellos un impedimento dirimente, será ilegítimo á pesar de la partida de bautismo y de la posesion de estado de hijo legítimo.

ARTICULO 112.

A falta de los medios de justificacion espresados en los artículos precedentes, ó si en la partida bautismal hay alguna falsedad ú omision en cuanto á los nombres de los padres, puede acreditarse la filiacion por testigos, siempre que haya un principio de prueba por escrito, ó indicios fundados en hechos que consten desde luego y séan tales que recomienden la admision de esta prueba.

En el caso de este artículo puede impugnarse la filiacion con cualesquiera pruebas legales.

323 y 325 Franceses, 319 y 321 Holandeses, 243 y 247 Napolitanos, 215 y 216 de la Luisiana, 172 de Vaud, 164 y 166 Sardos.

Soli testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt. Ley 2, título 20, libro 4 del Código: Gotofredo en el comentario de esta ley se muestra perplejo por otras que cita, y parecen admitir toda clase de pruebas.

A falta de la partida de bautismo y de la posesion de estado ¿se admitirá en esta importante y delicada materia la simple prueba por testigos?

Dícese en contra que es la mas frágil y peligrosa de las pruebas por el frecuente soborno ó escesiva complacencia de los testigos; que si no presenta inconvenientes en la posesion de estado, que se compone de hechos continuos en cierto número de años, los tiene gravísimos para hacer depender la cuestion de estado de hechos particulares y aislados; que el estado de los hombres, este bien precioso, que forma, por decirlo así, una parte de nosotros mismos, quedará siempre en incertidumbre; que no habrá reposo para las familias, y la sociedad se confundirá en un caos, donde nadie podrá distinguirse ni reconocerse.

Por la afirmativa se alega, que la ley debe socorrer al hijo desgraciado é inocente, que por la indolencia y casi siempre por el crímen de sus padres se ve en la imposibilidad de dar la prueba del artículo 109; y cuando él denuncia el crímen únicamente para ser oido, ¿le exigireis la prueba escrita que el mismo crímen le ha arrebatado? Si los instrumentos prueban por sí solos y sin el auxilio de testigos, ¿por qué no probarán tambien estos sin el auxilio de aquellos?

En el artículo se ha adoptado un temperamento ó término medio que concilia ambos intereses: la prueba por testigos solo tendrá lugar en los dos casos especiales, y concurriendo las circunstancias que en él se espresan: viene á ser el pensamiento de la ley Romana arriba citada, *soli testes non sufficiunt.*

Un principio de prueba por escrito. Habrá este principio cuando existan escritos que, sin formar prueba plena, dan indicios ó congeturas probables, y que no lleven consigo nada que pueda hacer sospechoso su testimonio: en una palabra, que hagan verosímil el hecho litigioso: vé el artículo 1223.

Pero aqui se da á esta palabra mayor latitud que en el artículo 1223, pues bastará que el escrito emane de uno, que si viviera, tendria interes en oponerse á la reclamacion del hijo: esta contrariedad de intereses le pone al abrigo de toda sospecha.

Y no es necesario, como en el artículo 347, que hayan muerto el padre y madre de quienes emanen los escritos: esta circunstancia se requiere alli, porque los escritos hacen prueba plena; aqui solo sirven de principio de prueba.

O indicios fundados, etc. ¿Por qué se concederia solamente á los escritos el privilegio de formar un principio de prueba? ¿No pueden encontrarse presunciones, indicios y una reunion de circunstancias, que tengan tanta fuerza como los escritos cuando resultan de hechos no contestados ó incontestables? Por ejemplo: si un niño recogido en la Inclusa presentara los vestidos y efectos encontrados, y la declaracion prescrita en el artículo 357.

Que recomienden la admision de esta prueba. La apreciacion de este punto, ó de cuando sean *tales* los indicios, penderá del prudente arbitrio del juez, que casi siempre es forzoso dejarle aun en las materias mas positivas.

Puede impugnarse, etc.: porque *non debet actori licere quod reo non permittitur*, 41 de *regulis juris*, con las 33 y 34.

ARTICULO 113.

La accion que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible en su provecho.

328 Frances, 324 Holandes, 250 Napolitano, 175 de Vaud y 168 Sardo.

La severidad de las pruebas en establecer la filiacion legítima se compensa con la libertad de reclamarla en todo tiempo: la ley, por honrar mas al matrimonio, hace aqui una escepcion á las reglas generales sobre la prescripcion. Ademas, el objeto de esta es que la propiedad no quede siempre incierta; y para que el estado civil deje de ser incierto, es necesario que pueda siempre reclamarse. La prescripcion solo tiene lugar en las cosas que están en el comercio de los hombres; es decir, que pueden ser compradas y vendidas: el estado civil no está en el comercio, ni es enagenable.

En su provecho: no en el de sus herederos: vé el artículo siguiente.

ARTICULO 114.

Los herederos y descendientes del hijo no pueden intentarla, sino cuando este ha muerto antes de cumplir 24 años.

Tambien podrán intentarla cuando el hijo cayó en demencia antes de los 24 años y haya muerto despues en el mismo estado.

El 329 Frances señala cinco años despues de la mayor edad; tambien el 170 Sardo, el 251 Napolitano y el 176 de Vaud: el 325 Holandes tres años: en nuestro artículo se señalan cuatro, y esto parece mas conforme al plazo señalado para la restitucion de los menores: el artículo Frances usa de la palabra herederos; el Sardo es mas esplícito, pues añade ó descendientes: todos los artículos citados callan sobre el párrafo 2.° del nuestro.

Por Derecho Romano la accion de los herederos era imprescriptible como la del mismo hijo. Pero no es igual el caso, porque el segundo tiene siempre que revindicar el honor de la legitimidad, al paso que los primeros son casi siempre movidos á intentar esta accion por el cebo de una herencia: ha podido, pues, sin injusticia señalarse un término para hacerlo.

Les perjudica ademas el silencio del difunto desde que entró en la mayor edad, y se presume que, ó renunció su accion, ó creyó que no la tenia; y nadie es en este punto juez mas competente que el mismo hijo.

Cuando el hijo cayó en demencia, etc. Este caso puede y debe asi-

milarse al del primer párrafo: para el efecto de no poderse intentar la accion, la demencia equivale á la muerte, ó á la menor edad, y ninguna presuncion puede sacarse contra los herederos del silencio de un demente.

ARTICULO 115.

Los herederos y descendientes podrán continuar la accion intentada por el hijo en los casos en que este podia hacerlo, y contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condicion civil de hijo legítimo.

130 Frances, 170 Sardo, 252 Napolitano, 177 de Vaud, que añaden: «A menos que el hijo hubiese desistido formalmente de la accion, ó hubiese dejado pasar tres años desde el último acto del procedimiento sin continuarlo.»

El artículo 320 Holandes omite lo del desistimiento, como que por sabido no merece mencionarse; y lo de la prescripcion, ó *perencion* de la instancia, corresponde al Código de procedimientos segun el artículo 1978.

Los herederos, etc.: por la regla general de que todas las acciones, aun las personalísimas, que, como la de injurias, perecen por la muerte, *semel lite contestata etiam ad successores pertinent*. Ley 1 al principio, título 10, libro 47 del Digesto, y 23, título 11, Partida 7.

Podrán continuarla los acreedores y legatarios en el caso de pedir la separacion de bienes con arreglo á la seccion 6.ª, capítulo 1, título 3, libro 3?

Parece que no, como no podrán continuar la de injurias, pues aunque indirectamente pueda en ciertos casos redundar de ellas algun lucro pecuniario, tienen por directo y principal objeto el honor del difunto al que son completamente estraños los acreedores y legatarios.

Y contestar: podia haberse omitido: las escepciones y derechos de defensa fueron siempre perpétuos.

ARTICULO 116.

A los tribunales civiles compete esclusivamente el conocimiento de las contestaciones sobre el estado de hijo legítimo.

Véase lo espuesto en el 97 y 98. Lo mismo se establece en el artículo 326 Frances, 248 Napolitano, 167 Sardo y 322 Holandes, en el sentido de que la reclamacion de estado debe siempre preceder y fallarse antes que la accion criminal sobre falsificacion, supresion de parto, etc.; porque, admitiéndose siempre en lo criminal prueba por testi-

gos, vendria á eludirse la prohibicion de darle entrada en esta materia sin un principio de prueba por escrito.

ARTICULO 117.

La prueba de la filiacion no basta por sí sola para justificar la legitimidad, la cual se rige por las disposiciones del capítulo 6, *título* 5 *de este libro.*

Véase lo espuesto en el artículo 98 al 100 inclusive.

CAPITULO III.

De la legitimacion. (1)

ARTICULO 118.

Los hijos naturales se legitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

Se comprende solamente bajo el nombre de hijos naturales, los nacidos fuera de matrimonio de padres, que al tiempo de la concepcion de aquellos, pudieron casarse, aunque fuera con dispensa; y deberá observarse lo dispuesto en el artículo 122.

El 331 Frances dispone lo mismo que este nuestro y el siguiente, pero sin definir con la claridad que el nuestro, cuál deba ser tenido por hijo natural, y se contenta con decir, que pueden ser legitimados por el subsiguiente matrimonio los hijos nacidos fuera de él, menos los incestuosos y adulterinos. Le copian el 327 Holandes, 255 Napolitano: el 178 de Vaud, en lugar de *podrán*, dice *serán legitimados*: el 171 Sardo admite ademas la legitimacion por rescripto del Príncipe: en el 172 enumera los hijos escluidos de toda legitimacion, presentando un singular y repugnante contraste en sus números 1 y 3: en el 173 enumera los que solo pueden ser legitimados por rescripto del Príncipe: tambien admiten esta segunda especie de legitimacion los Códigos Bávaro, Austriaco y Prusiano, aunque limitando sus efectos.

Los Romanos no solo reconocieron estas dos especies de legitimacion, sino otra tercera *per curiæ dationem*, y aun se ha pretendido descubrir otra cuarta por testamento en la Novela 74, capitulo 2, por instrumento público, Novela 117, capítulo 2: todo esto fué copiado servilmente en la ley 4 y siguientes del titulo 15, Partida 4.

El Emperador Constantino fué el autor de la legitimacion por sub-

(1) Véase el apéndice número 2.

siguiente matrimonio, pero solo de los hijos entonces nacidos, no de los que nacieran despues, porque su ánimo fué fomentar el matrimonio, no el concubinato: el Emperador Zenon renovó en los mismos términos la Constitucion de Constantino por la ley 5, título 27, libro 5 del Código; pero en la siguiente ley 6 el Emperador Anastasio hace estensivo el beneficio á todos, *progenitos*, *seu procreandos*; y desde entonces quedó esta legitimacion como derecho comun y ordinario.

Todas las legislaciones, inclusa la canónica, lo admitieron bajo el mismo concepto: una sola, á saber, la Inglesa, lo ha desechado por considerarlo como un fomento del concubinato.

Pero mas de una vez la inflexibilidad de las máximas aleja para siempre de la virtud al que hubiera vuelto fácilmente á ella, siendo llamado por la dulzura é indulgencia. Las fragilidades ó estravíos en esta materia son inevitables; el órden público y la moral interesan en hacerlos cesar, apelando á la ternura de los padres hácia sus hijos y á su mútuo cariño para estrecharlos en una union santa. Asi, la muger débil ó seducida logra reparar su falta, y se hace digna de los honrosos títulos de esposa y madre, y los hijos recobran todas las prerogativas de la legitimidad, cuando de otro modo no quedaria á los padres mas que la triste alternativa de continuar en su comercio ilícito, ó de separarse por fastidio, quedando deshonrados ellos y sus hijos. En suma; esta legitimacion, lejos de apartar del matrimonio, es un llamativo permanente hácia él, y un medio santo de reparar males inevitables. El pueblo, que no ha adoptado la legitimacion por el subsiguiente matrimonio so pretesto que favorece el concubinato, afecta necesariamente creer que la reforma es el alimento del desórden, y el arrepentimiento el atractivo del vicio.

Unicamente: queda, pues, desterrada la legitimacion por rescripto del Príncipe, elevada por Justiniano á derecho comun en la Novela 74, capítulo 2, y 89, capítulo 9, aunque en casos estraordinarios y por causas graves la habian concedido antes otros Emperadores, segun la ley 57, párrafo 1, título 2, libro 23 del Digesto.

Nuestras leyes la habian adoptado; pero nuestra nueva organizacion política la rechaza. La tal legitimacion no era un uso, sino un abuso de la soberanía usurpada.

Y como los abusos de usurpacion no tienen límites, se llegó hasta legitimar á los hijos adulterinos; y los autores lo justificaban, escribiendo con simplicidad que, siendo los Príncipes superiores á las leyes, no se les podia disputar el derecho de dispensarlas.

En toda sociedad, en que la ley sola regula el estado de los ciudadanos, ninguna autoridad puede conceder los derechos de filiacion legítima, cuando aquella los niega.

Ni el mismo matrimonio subsiguiente podria darlos, si la ley no le concediera espresamente este privilegio, porque en el órden natural y social nada puede producir efecto ó consecuencias antes de haber existido.

A estas concluyentes observaciones de un célebre orador y jurisconsulto, solo añadiré yo, que en el Ministerio de Gracia y Justicia obran, particularmente respecto de nuestras colonias, los mas escandalosos ejemplares de este abuso: ¡legitimaciones de hijos, á la par sacrílegos y adulterinos, por mayor ó menor cantidad de dinero!!

Aunque fuera con dispensa. El subsiguiente matrimonio, prévia dispensa, sobre todo *in radice* ¿legitimaba *para los efectos civiles á los hijos nacidos antes de ella?*

En esta cuestion se hallaban divididos los civilistas y canonistas: los primeros opinaban en general por la negativa (salvo un caso que no dejaba de tener algo de metafísico), y la letra de la ley 11 de Toro favorecia esta opinion: sin embargo, se vacilaba en la práctica. Elizondo, en su *práctica universal forense, capítulo* 8, *parte* 2.ª, trató este punto con la erudicion y confusion que respira toda su obra.

Nuestro artículo corta todas las dudas y cuestiones anteriores, como tambien las que actualmente se agitan en Francia, y pueden verse en Rogron al artículo 331. Por la dispensa se retrotrae el matrimonio; y la ley, contrayéndose á los efectos civiles, finge que existia ya entonces. Los motivos son el favor que se debe á los hijos inocentes, fruto de una union ilícita, pero no criminal; que el matrimonio se contrae por consideracion á ellos; y quitado este estímulo ó recompensa, probablemente dejaria de contraerse.

Pero lo de dispensa no habla con los hijos sacrílegos, pues en el artículo 132 son equiparados ó los adulterios é incestuosos con impedimento no dispensable.

El matrimonio putativo del artículo 93 surtirá los efectos de la legitimacion respecto de los hijos habidos antes de su celebracion?

Algunos lo han negado, tocando este punto de paso, y sin dar razon satisfactoria: yo opino en contrario.

El artículo citado atribuye al tal matrimonio todos los efectos civiles en favor de los *hijos de los contrayentes*, sin distinguir entre los habidos antes y despues.

Ademas, ¿cómo un *mismo* matrimonio ha de producir diferentes efectos entre los hijos de unos *mismos* padres habidos con la *misma* buena fé? Los hijos habidos antes han sido probablemente la causa impulsiva del matrimonio, y la intencion de legitimarlos es evidente en los padres, pues han seguido el camino santo que para este efecto les marcaba la ley.

Lo dispuesto en el artículo 122. El reconocimiento es, segun el artículo siguiente, un requisito indispensable para esta legitimacion; y no puede ser reconocido el hijo habido por un tio en su sobrina carnal: lo mismo debe decirse del habido en la tia por un sobrino.

Sororis pro neptem non possum ducere uxorem, quia parentis loco ei sum, dice la ley 39, título 2, libro 23 del Digesto. El tio ocupa frecuentemente el lugar del padre, y desde entonces debe llenar los deberes de tal. La tia no es siempre estraña á los cuidados de la maternidad. Los deberes del tio y los cuidados de la tia casi nunca podrian conciliarse con los procedimientos menos sérios, que preceden y preparan el matrimonio.

Por estos delicados motivos de pudor y moralidad habia prohibido el Derecho Civil que se casaran: en los mismos se funda la única escepcion de este artículo y del 122, aunque segun el derecho canónico sea dispensable este impedimento. Pero no se estiende mas allá de los tios y sobrinos carnales, á pesar de que el impedimento civil era mas lato, párrafo 3, título 10, libro 1, Instituciones: el artículo 173 Sardo, en su número 1, prohibe tambien que sean legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos de tios y sobrinos carnales; «Los nacidos de personas que al tiempo de la concepcion estaban ligados con vínculo de parentesco en tercer grado ó en segundo de afinidad por computacion civil.»

ARTICULO 119.

Para que la legitimacion tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle necesariamente antes de la celebracion del matrimonio, ó en el acto de celebrarlo.

Es la segunda parte de los artículos estranjeros citados en el nuestro anterior.

El subsiguiente matrimonio legitimaba hasta ahora *de pleno derecho*, porque, estando permitida la investigacion de la paternidad natural, podia el hijo probarla aun despues de celebrado el matrimonio, y á pesar de la oposicion de sus padres.

Ahora está prohibida hasta la investigacion de la maternidad, segun el artículo 127: no hay hijo natural sin reconocimiento prévio y voluntario, salvas las escepciones del artículo 131, y conviene que el reconocimiento preceda, ó acompañe al matrimonio.

Estas dos épocas no son sospechosas, pues precisamente el objeto primario del matrimonio es la procreacion de hijos, pero la ley desconfia del reconocimiento posterior, porque es posible que dos casados sin hijos, ni esperanza de tenerlos, y que echen de menos las dulzuras de

la paternidad, se confabulen para reconocer como hijo natural á quien realmente no lo es.

La verguenza ó miedo para el reconocimiento anterior ó simultáneo no deben tomarse en cuenta, porque nada puede dispensar de obedecer á la conciencia, y llenar los deberes de la naturaleza, ni las familias deben quedar en continua incertidumbre: vé el capítulo 3, título 12, de este libro.

ARTICULO 120.

Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son iguales á los legítimos para todos los efectos legales.

333 Frances, 219 de la Luisiana, 234 Napolitano: el 176 Sardo dice que «los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio tendrán, *desde el dia de su celebracion*, los mismos derechos que los hijos legítimos;» 180 de Vaud, 332 Holandes; el 161 Austriaco sienta la misma doctrina que el 176 Sardo.

Filii per subsequens matrimonium legitimati habebant in universum jura legitimorum liberorum, perinde ac si tales non facti, sed nati fuissent, Voet, número 6, título 7, libro 25, con muchas citas de leyes y Novelas.

«Otro si, *son* legítimos los fijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues se casa con ella;» ley 1, título 13, Partida 4; «son legítimos verdadera y realmente, y no por ficcion,» dice Gregorio Lopez en su glosa 7.

En esta materia se agitaban antes dos cuestiones, que si bien han perdido mucho de su importancia por la abolicion de los mayorazgos, pueden no obstante renovarse.

Cuando son llamados á la sucesion los hijos con la adicion de procreados y nacidos de legítimo matrimonio, sucederán los legitimados por subsiguiente matrimonio?

La afirmativa ha sido la opinion comun: puede verse á Gregorio Lopez en la glosa 9, á la citada ley 1, y en la 10, á la ley 2, título 15, Partida 2, asi como á Molina, número 10, capítulo 1, libro 3. Yo he visto ejecutoriada esta opinion por la Sala segunda del Supremo tribunal de Justicia en un pleito á que yo asistí sobre la sucesion de la Baronía de....

Los dos autores citados, en vez de aducir razones, se contentan segun costumbre de entonces con enumerar una larga cáfila de otros: pero mi conviccion es tan íntima y arraigada en este punto, que tendria por nula, como contraria á las leyes y buenas costumbres, la esclusion de los legitimados por subsiguiente matrimonio, aun cuando la ordenara

espresamente el fundador ó testador: (Gregorio López la tiene por válida, glosa 10, á la ley 2, título 15, Partida 2.)

El matrimonio y sus efectos son de derecho público, y este no puede variarse por disposiciones ó pactos particulares. La ley al igualar en todo á los legitimados de esta especie con los legítimos se propone el fin santo de hacer cesar un comercio ilícito y estimular fuertemente al matrimonio: disminuir de cualquier modo la plenitud de derechos, el premio ó prima que concede la ley, equivale á contrariar su espíritu y santo objeto.

La segunda cuestion abrazaba este caso: Pedro hubo un hijo natural de Juana, y sin embargo, casó con Joaquina, de la que hubo un hijo legítimo: pero, muerta Joaquina, volvió á casar con Juana, legitimando por este medio al hijo natural: ¿deberia este suceder en el mayorazgo por ser de mayor edad y escluir al hijo legítimo de Pedro y Joaquina?

Molina, al número 7 del capítulo citado, se decide en esta caso por el legítimo contra el legitimado, asegurando que esta es la opinion verdadera y comun; la que debe seguirse en las consultas y fallos; cita una letania de autores, pero sin ocultar que Don Diego Covarrubias y otros siguen la contraria: Gregorio Lopez, en la glosa 9 de la ley 1, título 13, Partida 4, opina como Molina.

Toda la razon de Molina consiste en que el legítimo adquirió independientemente de la voluntad de su padre el derecho de primogenitura para suceder en el mayorazgo, y el efecto retroactivo de la legitimacion no puede estenderse en perjuicio de este derecho.

Pero el derecho de primogenitura no principia á surtir efectos sino cuando el padre ha muerto, y entre tanto se halla suspenso el derecho del primogénito.

Al morir elpadre aparece ya que el legítimado es primogénito, no solo en el órden natural, sino en el civil, por la ficcion de derecho que retrotrae su legitimacion al tiempo de la concepcion ó nacimiento, y los hace para todos los efectos tan plenamente legítimos como si hubiesen nacido tales.

El derecho de primogenitura (se dice) *no puede quitarse por el padre*: cierto, pero tampoco puede quitarse el de la legítima; y en el caso arriba propuesto podrá haber muchos hijos naturales de Juana, que disminuyan, y casi anulen, la legítima del hijo de Joaquina.

Finalmente; aquí no se trata de quitarse el derecho de primogenitura por la simple disposicion del padre, sino de fijar quién deba gozar de aquel derecho, y ser reputado primogénito al morir el padre, que es cuando se abre la sucesion.

Las leyes Romanas no pudieron ocuparse de esta cuestion, por no

reconocer los mayorazgos; las nuestras han dejado en pié las notabilísimas palabras de la ley 1, título 13, Partida 4. «Son legítimos los fijos etc.:» por todo lo dicho en esta y en la anterior cuestion las habria yo decidido siempre en favor de los legitimados: la letra y espíritu de nuestro artículo las ha cortado en este mismo sentido no reconociendo diferencia alguna para los efectos legales entre legítimos y legitimados.

Pero no se infiera de esto que lo pasado en la familia del padre ó madre despues del nacimiento y antes de la legitimacion del hijo ha de quedar sujeto á nulidad, revocacion ó reduccion, como si hubiera pasado existiendo realmente hijos legítimos: en esto se funda la disposicion del artículo 960: vé lo en él espuesto.

ARTICULO 121.

La legitimacion puede hacerse tambien en favor de los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio han fallecido, dejando descendientes, en cuyo caso aprovechará á estos.

332 Frances, 218 de la Luisiana, 254 Napolitano, 179 de Vaud, 334 Holandes.

La disposicion ó doctrina de este artículo fué disputada en Derecho Romano; el artículo consagra la opinion comun entre los intérpretes, que es la mas conforme á los principios generales de derecho y á los dictados de la equidad. Yo me asombro de que Gregorio Lopez se decida por la negativa en la glosa 9, á la ley 1, título 13, Partida 4, sobre una simple autoridad: mas cuerdo Molina al número 9, capítulo 1, libro 3, abraza la afirmativa como verdadera, *atque æquitate plena: sicut enim ex matrimonio subsequenti filius naturalis, si viveret, legitimus efficeretur, ita etiam nepos legitime ex eo natus, eo mortuo, avo legitimus efficitur.*

Es bien justo dar este consuelo á los hijos del que, durante su vida, fué privado injustamente de él. Por este medio la ley conserva en la familia unos bienes que pasarian á estraños, y repara en cierto modo el agravio que su abuelo habia hecho á la memoria de su padre por un silencio demasiado largo, y cuyo efecto habia sido arrebatarles su estado.

La ley ha querido por la legitimacion crear un gefe de familia: si este gefe ha dejado de existir, deben ser admitidos sus descendientes á representarlo.

En fin, esta medida es buena, puesto que es justa, y solo haciendo resplandecer en las leyes el espíritu de justicia, es como se les concilia el amor.

CAPITULO IV.

Del reconocimiento de los hijos naturales.

ARTICULO 122.

Los padres de un hijo natural podrán reconocerle de comun acuerdo.

No podrá ser reconocido el hijo habido por un tio en su sobrina carnal.

En mi sistema no se admitia este reconocimiento, ni habia hijos naturales sino para su legitimacion por el subsiguiente matrimonio de sus padres; no se sabia de la falta sino en el momento mismo de su reparacion.

De comun acuerdo: pero en este caso habrán de probar el requisito del artículo 118: si uno solo de sus padres reconoce, véase el artículo siguiente.

Ningun Código ha prohibido, ni podido prohibir el reconocimiento de comun acuerdo: en Derecho Romano, y en el nuestro, esta era la disposicion normal: la paternidad y la maternidad eran cosas inseparables.

Pero obsérvese, que, aun en el reconocimiento por comun acuerdo, si no tiene por objeto inmediato la legitimacion prévia dispensa, habrá el escándalo conocido y público de que los padres podrán continuar un comercio incestuoso, y los hijos, que realmente sean tales, gozarán de los derechos de hijos naturales: el favor concedido para el caso de legitimacion en el artículo 118 y para poner fin al escándalo, no debia estenderse aquí para continuarlo.

No podrá ser reconocido: véanse los motivos al final del artículo 118.

ARTICULO 123.

Para el reconocimiento por uno solo de los padres bastará que el que le reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte dias de los trescientos que precedieron al nacimiento; la ley presume para este caso que el hijo es natural.

Viene á ser el artículo 336 Frances, 223 de la Luisiana, 239 Napolitano, 181 Sardo y 339 Holandes: en el artículo anterior he notado los inconvenientes del reconocimiento por comun acuerdo.

Este artículo con los 125, 126 y 127, que son sus consecuencias, abre la puerta al reconocimiento de hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos: por lo tanto son de mas bulto y pueden ser de mucho mayor escándalo los inconvenientes del reconocimiento aislado, ó por uno solo de los padres: la madre soltera ó viuda podrá reconocer al hijo que hubo de un casado: el tio y sobrina carnales, y hasta el hermano y hermana al fruto de su union incestuosa: ¿diré todavia mas? A la sombra de este artículo podrá ser reconocido y pasará por hijo natural el fruto del incesto en línea recta!!

El escándalo llegará á su colmo en los pueblos cortos, donde es casi imposible ocultar la verdadera filiacion; y la repugnante latitud de este artículo contrasta con haber mejorado la condicion de los hijos naturales en las herencias intestadas sin hacerse mas que la pequeña diferencia del artículo 777 entre los reconocidos de comun acuerdo, y por uno solo de los padres.

No se ocultaron, ni pudieron ocultarse á los legisladores franceses tamaños inconvenientes, y tan horribles eventualidades; sin embargo, de los tres discursos motivados sobre el título *de la paternidad y filiacion*, solo en el 27 se presta alguna atencion á ellos, y se hace como de paso y con vergüenza. «Fácil es de ver (se dice), todo lo que puede producir esta facultad de una declaracion solitaria. Pero vale mas para la sociedad tolerar lo que ella ignora, que saber lo que debe castigar.» Tengo por completamente falso y frívolo este raciocinio, tanto bajo el aspecto de la verdad, como de la moralidad.

En cualquiera de los primeros ciento veinte dias: vé el comentario del artículo 101 sobre las palabras *en los primeros ciento veinte dias.* La naturaleza no varía su curso y leyes porque el hijo sea ó no legítimo: los periodos de ciento ochenta y de trescientos dias, favorables á la filiacion legítima, deben tambien favorecer á la natural: siempre que segun las leyes de la naturaleza pueda presumirse que el hijo es natural, ó pudo ser concebido siendo libre el padre que lo reconoce, ha de admitirse esta interpretacion ó presuncion benigna, sobre todo, en favor del hijo inocente; *semper in dubiis benigniora præferenda sunt*, 56 de *regulis juris* : pero esta presuncion es simplemente *juris* y cederá siempre á la prueba en contrario: vé el artículo 127.

ARTICULO 124.

El reconocimiento de un hijo natural ha de hacerse en la partida de su nacimiento, en escritura pública, ó en testamento.

De otro modo no producirá efecto en derecho.

334 Frances, 221 de la Luisiana, 536 Holandes, 257 Napolitano;

el 180 Sardo permite que el instrumento auténtico de reconocimiento sea anterior al nacimiento; y este es tambien el espíritu de nuestro artículo, como lo es el del 334 Frances segun lo tiene declarado el tribunal de Casacion.

Entre los romanos no fué necesario el reconocimiento, puesto que no habia otra fuente de la filiacion natural que el concubinato.

La doctrina romana sobre este punto pasó íntegra al título 14, Partida 4; pero variaron las costumbres y sobrevinieron dudas: para cortarlas se dió la ley 11 de Toro, que exigia que el padre reconociese al hijo, cuando no hubiera tenido en su casa á la muger de quien lo hubo.

Pero aun despues de esta ley, no solo no se creyó necesario que el reconocimiento se hiciera por instrumento auténtico, en lo que seguramente no se faltaba á la ley, sino que se estimó por bastante el reconocimiento tácito, burlando el espíritu y objeto de aquella, y comprometiendo el reposo de las familias con pleitos escandalosos.

El artículo 124 unido al 127 fija clara y terminantemente esta materia, previniendo toda cuestion y duda para lo sucesivo: el reconocimiento será voluntario sin que sea permitida la investigacion de la paternidad; pero ha de ser espreso y hacerse en instrumento público.

Un acto tan precioso, y que debe servir de título al hijo natural, no podia ser abandonado á la débil garantía que resulta de un reconocimiento privado, y por otro lado convenia poner á las familias al abrigo de toda sorpresa. La solicitud y consecuencia de la ley en este punto han ido todavia mas lejos como puede verse en el capítulo 3, título 12, de este libro.

Partida de su nacimiento, etc. Vé el artículo 336, número 6. El objeto y espíritu del artículo son que el reconocimiento se haga en instrumento público, segun está definido en el artículo 1199: la partida, testamento y escritura pública, aquí enumeradas, no son mas que especies de instrumentos públicos: pero el artículo citado es mucho mas general y lato. Las partidas de nacimiento, como todas las demas del título 12, son instrumentos públicos y hacen fé en juicio segun el artículo 346: el testamento, aún ológrafo, y nuncupativo, lo es tambien despues de evacuadas las diligencias prevenidas en las secciones 1 y 2, capítulo 3, título 1 del libro 3: y además, envolveria contradiccion darle fuerza de testamento para unas cosas y para otras no. Sin embargo, Rogron, al artículo 970 Frances, cita por la negativa un fallo del tribunal de Casacion.

El reconocimiento puede hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, con tal que de ellos aparezca suficientemente la intencion de hacerlo: basta, pues, la simple indicacion *de hijo natural suyo* que haga el testador en la persona del legatario: pero la revocacion del tes-

tamento no dejaria sin efecto el reconocimiento, porque este no seria mas que la declaracion de un hecho, y el principio de esta declaracion no existe en el testamento sino en el hecho mismo de la paternidad; y el estado que el hijo ha adquirido por esta declaracion, no debe ya quedar pendiente de la instabilidad de la voluntad del testador.

Aunque el reconocimiento ha de ser voluntario, esto no regirá en los casos escepcionales del artículo 131; y podrá siempre ser atacado por el mismo que lo hizo, si medió fraude, error ó violencia.

De otro modo no producirá efecto. Será, pues, enteramente nulo el reconocimiento hecho en instrumento privado, y no producirá ninguno de los efectos designados en el artículo 130. Sin embargo, si el instrumento privado de reconocimiento contuviera al mismo tiempo una promesa de alimentos, ó de alguna cantidad, podria declararse válido en cuanto á ésta; pues aunque la declaracion de paternidad sea nula para atribuir el título de hijo natural al que es objeto de ella, puede no obstante ser considerada como causa de la obligacion especial consentida en el mismo instrumento.

ARTICULO 125.

Cuando el padre y la madre separadamente reconozcan un hijo natural, no podrán revelar, en el acto del reconocimiento, el nombre de la persona con quien le hubo, ni espresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

Vé el artículo 340 y lo en él espuesto, y al número 6 del 556. Este artículo es una consecuencia del 127: prohibida la investigacion de la paternidad, no pueden permitirse en el reconocimiento aislado designaciones de nombres ni de circunstancias, que solo pueden conducir á la difamacion y al escándalo.

ARTICULO 126.

El párroco y el escribano, cada uno en su caso, no podrán autorizar un documento en que se contravenga á lo dispuesto en el artículo anterior, bajo la pena de 25 á 100 duros.

Ademas se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelacion.

Encierra la sancion penal para el caso de contravenirse por el párroco ó escribano al artículo anterior.

Se tacharán de oficio: es decir, que podrá mandarse de oficio por el juez que se tachen sin que sea necesaria reclamacion de parte; pero ni el párroco ni el escribano podrán tacharlas por su propia autoridad: y si

se tratase de una partida de nacimiento, habrá de observarse lo dispuesto en el capítulo 6, título 12 de este libro.

ARTICULO 127.

Se prohibe, en todo caso, la investigacion de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Sin embargo, todo reconocimiento del padre ó de la madre, ó de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, despues de muerto el que hizo el reconocimiento.

El 340 Frances prohibe la investigacion de la paternidad; el 341 permite la de la maternidad; lo mismo el 263 y 264 Napolitanos, y el 342 y 343 Holandeses: el 187 de Vaud admite tambien la de la paternidad; el 185 Sardo solo en dos casos: el 226 de la Luisiana la permite á favor de los hijos libres y blancos; y aun á favor de los hijos *de color* libres, si el que buscan por padre es hombre *de color*: por manera que en aquel Código la justicia varía segun el *diverso color* de las personas:

Por Derecho Romano y de Partidas solo el concubinato, que tenia sus formas y caractéres peculiares como el matrimonio, fijaba la suerte del hijo natural: fuera del matrimonio y concubinato, la union entre dos personas libres constituia el delito público de estupro, y los hijos nacidos de este no eran naturales á pesar de la libertad de los padres, ley 3, título 1, libro 25 del Digesto.

Vé lo espuesto sobre la ley 11 de Toro en el artículo 124; con razon ó sin ella, interpretando bien ó mal la ley, lo cierto es que la investigacion de la paternidad fué cosa corriente en la práctica, y que la mencionada ley reputó naturales los hijos procedentes de estupro contra lo establecido por toda la legislacion anterior Romana y Patria.

Esta innovacion era conforme al derecho canónico, por el que se consideraba natural al hijo habido *ex soluto et soluta*; y aunque ni la ley 11 de Toro, ni otra alguna, habia revocado las penas contra el delito de estupro, llegó igualmente á prevalecer en los tribunales la disposicion canónica de que el estuprador dotara ó se casara con la estuprada y reconociera la prole: así quedó completamente por tierra la antigua legislacion sobre estupros.

Pero la opinion ilustrada comenzó á revelarse contra la doctrina del derecho canónico y la práctica de los tribunales, acusándolas de injusticia y de inmoralidad.

La ley recopilada 11, título 10, libro 3, al número 9, amplifica y realza estos cargos, y manda *repeler absolutamente las querellas de estupro por ser motivo de escándalo y de corrupcion de costumbres.* Esta

ley es de 31 de mayo de 1793; y aunque por la 4, título 29, libro 12, que es de 30 de octubre de 1796, y fué mandada guardar por Real órden de 28 de agosto de 1829, se ve que continuaba la práctica segun el derecho canónico, todavia se desprende de la misma que pendia en el Consejo algun espediente de reforma sobre esta materia; por manera que, á no dudar, el espíritu de aquella época era desfavorable á las estupradas.

¿Cómo un mismo delito cometido por dos personas puede ser castigado en una y recompensado en otra?

Mugeres impudentes, que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor é inesperiencia de la juventud, como sobre la debilidad de la vejez, y á veces, como yo he visto, sobre la imbecilidad ó mengua intelectual de algun desdichado, escandalizan todos los dias al público y á los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron, y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y único objeto de su pretendida seduccion; porque es muy notable que jamás se dejan seducir por un pobre.

La paternidad en el órden de la naturaleza es un misterio; en la imposibilidad de obtener este signo ó sello natural se ha recurrido al sello social y legal del matrimonio; y precisamente fuera de este se pretenderia forzar la naturaleza y penetrar sus misterios para descubrir la paternidad!

Mas á pesar de lo hasta aquí espuesto, el artículo no quita la accion civil de estupro para la dotacion de la estuprada y reconocimiento de la prole en los casos del capítulo 3, título 9 del Código penal, segun el artículo 362 del mismo.

Y maternidad. El artículo 341 Frances la admite habiendo un principio de prueba por escrito; pero la rechaza cuando de la investigacion haya de resultar la prueba de un incesto ó adulterio, porque no debe *permitirse á un hijo que dañe á la reputacion de su madre, que es el mas precioso de todos los bienes para una muger virtuosa. Cuanto mas proteja la ley el honor de las mugeres, tanto mas celosas y altivas se mostrarán ellas por conservarlo*: tales son literalmente los motivos espresados en el discurso 26 frances para rechazar la investigacion de la maternidad en los casos de incesto ó adulterio.

¿Pero no daña un hijo la reputacion de su madre en todos los demas casos? ¿No se hace pública una fragilidad que el pudor habia procurado tener encubierta? ¿No se convierte por este medio á la madre en objeto de verguenza y desprecio? Si es soltera, se la inhabilita para aspirar al honroso título de esposa; y si lo es ya despues de su debilidad ignorada, ¿cómo permitir que se lleve el deshonor y la desolacion á un matrimonio feliz y tranquilo? El artículo 230 de la Luisiana esceptúa

justamente este caso; pero ningun otro Código le sigue, y el Frances admite esta horrible profanacion.

Todos estos gravísimos escándalos é inconvenientes tendrán lugar aun cuando el pretendido hijo sucumba en la demanda: el honor de la muger es como el cristal que se empaña con un soplo, y la ejecutoria será impotente contra las prevenciones desfavorables de la opinion pública y particular por resultas del juicio.

Es pues aplicable á todos los casos la juiciosa observacion del discurso 26, arriba copiado; el pudor puede sobrevivir á una fragilidad secreta: respetemos este sentimiento delicado, que debe ser muy vivo y fuerte, cuando hace callar el vivísimo de la ternura maternal.

Contra estas consideraciones importa poco decir que la maternidad es un hecho físicamente cierto y susceptible de pruebas positivas: la investigacion de la paternidad, limitando su derecho y egercicio al hijo, carece de todos los inconvenientes mencionados, y sin embargo, no se permite, aun cuando haya un reconocimiento espreso del padre en un instrumento privado.

Impugnado por un tercero interesado. El artículo 339 Frances permite tambien impugnar la reclamacion del hijo; pero segun nuestro artículo queda desechada, aun para el caso de maternidad.

Es imposible prever y designar los diversos intereses que pueden atravesarse en esta materia; el artículo salva todos, pero es necesario que el interes sea *actual* y de presente; no bastará un interes eventual y de futuro. Un hermano, por ejemplo, no podrá impugnar el reconocimiento de un hijo natural hecho por otro hermano, mientras este viva, aunque despues de su muerte y en su herencia intestada pueda resultar perjudicado por los derechos hereditarios que el reconocimiento ha tribuido al hijo natural. El perjuicio puede por mil causas no resultar cierto, y de todos modos no puede resultar hasta la muerte del hermano; tendrá, pues, que aguardar hasta esta época para impugnar el reconocimiento; y deberá hacerlo, atacando la forma del instrumento por no ser auténtica ó ser irregular, ó bien su contesto, si ha sido dictado por el fraude ó la mentira, pero sin entregarse por esto á escepciones odiosas ni á pesquisas infamantes, de las que no hubiera prueba ni aun indicio en el mismo instrumento.

ARTICULO 128.

El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento.

Aunque el reconocimiento por punto general sea favorable al hijo, *invito beneficium non datur*, 69 *de regulis juris*; ademas, si el recono-

cimiento da derechos al hijo, tambien le impone obligaciones, y á nadie pueden imponerse contra su voluntad.

ARTICULO 129.

Si el hijo reconocido es menor, podrá reclamar contra el reconocimiento cuando llegue á la mayor edad.

El término para proponer esta accion será el de cuatro años, que comenzarán á correr desde que el hijo sea mayor, si antes tenia noticia del reconocimiento, y en otro caso, desde que lo tuvo.

Los mismos motivos del artículo anterior justifican este: el menor no puede ser de peor condicion que el mayor de edad: el tiempo y condiciones para reclamar son los mismos que para pedir la rescision y nulidad de las obligaciones en los artículos 1166 y 1184.

La accion del artículo 115 es justamente imprescriptible en favor del hijo: la de este artículo debe tener un término y breve, porque tiende á la renuncia de lo que comunmente se mira como un beneficio.

Otra cuestion bien diferente se ha movido en esta materia: *¿puede un menor de edad reconocer válidamente á un hijo natural?* El artículo 337 Holandes ha prevenido esta cuestion permitiendo el reconocimiento al varon de 19 años cumplidos, no mediando error, dolo, violencia ó seduccion; y á la muger, aun antes de aquella edad. El Código Frances ha callado, y sin embargo el tribunal de Casacion la ha resuelto en sentido afirmativo segun Rogron al artículo 334.

Yo no encuentro enteramente aplicables á nuestro Código los motivos y deducciones sacadas por aquel Tribunal de varios artículos del Código Frances. Nosotros no reconocemos en ningun caso por válida obligacion alguna contraida por el menor, como la reconoció el Derecho Romano y la reconoce el Frances; de consiguiente, no admitimos restitucion contra las tales obligaciones, porque lo nulo ni debe ni puede rescindirse, leyes 3, título 22, libro 2 del Código y 16, párrafo 1, título 4, libro 4 del Digesto: vé el artículo 1168.

El reconocimiento es una obligacion porque encierra varias obligaciones: será, pues, nulo y quedará sugeto á la disposision final del artículo 1184 sobre las obligaciones contraidas por los menores.

Los solos casos, en que yo tendria por válido el reconocimiento hecho por un menor, serian los referidos en el artículo 131, porque envuelven verdadero delito, y en los de esta especie el menor es habido por mayor.

ARTICULO 130.

El hijo reconocido por el padre ó la madre, ó por los dos de comun acuerdo, tiene derecho:

1.° *A llevar el apellido del que le reconozca.*

2.° *A ser alimentado por este.*

3.° *A percibir la porcion hereditaria que se determina en los artículos* 776 y 777.

El capítulo 4 Frances, título 1 de las herencias, fija los derechos de los hijos naturales en ellas, y los alimentos de los adulterinos é incestuosos; el artículo 338 Frances se refiere á dicho título, y lo mismo hacen respectivamente el 261 Napolitano, el 224 de la Luisiana y el 183 Sardo: el 184 de Vaud está mas espreso en cuanto al uso del apellido paterno.

Por Derecho Romano y Patrio tenian los hijos naturales los mismos derechos consignados en este artículo: de la parte hereditaria se hablará en la seccion 5.ª, capítulo 1, título 2, libro 3.

Pero téngase presente que tambien el padre y madre adquieren derechos sobre el hijo reconocido: los de alimentos y herencia son recíprocos, artículos 70 y 780: vé los artículos 54, 170 y 269.

El artículo dice: «á ser alimentado por este;» es decir, por el padre ó la madre que le reconoció. No alcanza, pues, la obligacion de los alimentos á los abuelos: el reconocimiento es un hecho *personal* del padre ó de la madre, y no puede producir obligaciones contra un tercero. Segun el artículo 779 el natural es enteramente estraño á los parientes legítimos del padre ó de la madre, y ellos lo son al natural: este parentesco solo producirá efectos civiles en cuanto á constituir impedimentos del matrimonio, párrafo 10, título 10, libro 1, Instituciones, porque *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*, leyes 9 y 32, título 17, libro 50 del Digesto, y 34, título 34, Partida 7.

ARTICULO 131.

En los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 *del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepcion, podrán los tribunales, á instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad ó maternidad.*

El artículo 340 Frances contrae la disposicion de este artículo á solo el caso de rapto, pero se ha entendido igualmente del caso de fuerza ó violacion, que realmente es un rapto momentáneo y mas culpable que el otro. Siguen al Frances el 342 Holandes, 263 Napolitano,

229 de la Luisiana, 185 Sardo. Nosotros no hemos podido menos de estenderlo al caso del artículo 356 del Código penal, porque constituye delito como los del 354 y 358, y todas tres se hallan comprendidos en la disposicion del 362 relativa al reconocimiento de la prole, si la calidad de su origen no lo impidiere.

En el Código impreso se citan los artículos 363, 364 y 366 del Código penal con referencia á la segunda edicion.

Cuando la época de la concepcion coincide con la de la perpetracion de estos delitos, la presuncion está y debe estar contra sus autores, sin perjuicio de que los tribunales aprecien todas las circunstancias que desvanezcan ó atenúen la fuerza de la presuncion, de modo que la declaracion de la paternidad queda al prudente y justificado arbitrio de aquellos. De este modo habrá menos facilidad en cometer estos delitos, y se impondrá á sus autores la pena mas natural, si puede llamarse asi el cumplimiento de los deberes de padre. Como quiera, la declaracion de paternidad hecha por el tribunal surte todos los efectos del reconocimiento voluntario de los padres. Segun Rogron, apoyado en un fallo que cita, la disposicion del artículo 340 Frances comprende, no solo el caso de rapto violento, sino tambien el de seduccion; pero el artículo 358 del Código penal á que se refiere el nuestro, habla solo del rapto violento, ó *ejecutado contra la voluntad de la muger*.

Sin embargo, como el artículo 362 de dicho Código sobre reconocimiento y manutencion de la prole comprende igualmente el caso del artículo 359, que supone la anuencia de la robada, entiendo que el 359 se halla comprendido en la disposicion del presente artículo 131.

ARTICULO 132.

Si de una sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido como natural procede de union adulterina, incestuosa no dispensable por la Iglesia, ó sacrílega, será nulo el reconocimiento, y aquel no tendrá mas derechos que á los alimentos.

Los hijos designados en este artículo no son naturales segun el artículo 118, ni podrán ser reconocidos de comun acuerdo segun el 122; en el reconocimiento aislado ó por uno solo de los padres el artículo 123 solo establece á favor del hijo reconocido una presuncion *juris* que no escluye la prueba en contrario: finalmente, el artículo 127 autoriza la impugnacion del reconocimiento.

En todos estos casos y en otros cualesquiera, si por sentencia firme y ejecutoria se declara que el hijo no fué natural, ni de consiguiente pudo ser reconocido por el vicio de su orígen, importará poco que lo haya sido anteriormente; el reconocimiento quedará sin fuerza, y para

espresar esto solo no era necesario el artículo 152; pero su principal objeto es declarar que el hijo adulterino, incestuoso y sacrílego tiene, en todo caso, derecho á los alimentos.

El artículo 762 Frances los concede á los adulterinos é incestuosos: no habla de los sacrílegos por no conocerse en aquel Código el impedimento dirimente del voto solemne de castidad: lo mismo el 914 de la Luisiana, el 914 Holandes: el 678 Napolitano añade: «Y otros nacidos de una union condenada:» el 957 Sardo, refiriéndose al 172 Sardo, los concede tambien á los sacrílegos: en Nápoles y Cerdeña se reconoce, como aquí, dicho impedimento.

El Derecho Romano privó de alimentos á los hijos habidos *ex complexu nefario, aut incesto seu damnato*, Auténtica 2 á la ley 6, título 5, libro 5 del Código. No se mostró menos dura la ley 10, título 15, Partida 6, hablando de los *fornecinos*, incestuosos y adulterinos, la 4, título 3, Partida 6, y la 5, título 19, Partida 4.

La (9 de Toro) recopilada 5, título 20, libro 10, templó este rigor, y como el Derecho Canónico, mas humano y equitativo, les concedia alimentos, llegó por fin á prevalecer en la práctica.

Frutos del crímen, pero ageno, son dignos de compasion y acreedores á que provean á su existencia aquellos mismos de quienes la han recibido.

El vicio del orígen puede resultar por ejecutoria en los casos del artículo anterior, en los del 101 y 103, y cuando se declare la nulidad de un matrimonio contraido por ambos esposos con sabiduría de mediar un impedimento no dispensable.

TITULO V.

DE LA ADOPCION.

La adopcion estuvo muy en boga entre los romanos: su uso era muy frecuente, y producia grandes efectos. Introdújose primero *in solatium orbitatis*, para consuelo de los que no tenian hijos, y se hizo mas frecuente desde que la ley Julia y Papia Popea concedió tantos privilegios á los padres de tres hijos varones. Buscábase este número en la adopcion, y despues de conseguido este objeto, se los emancipaba, burlando así los fines de la ley; pero al fin se puso remedio á esta superchería con un Senado consulto, *ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici juvaret, ac ne usurpandis quidem haereditatibus prodesset*; Tácito, libro 15 de los Anales, número 19.

La fuerza de la adopcion fue tanta, sobre todo entre los príncipes

ó emperadores, que los hijos adoptivos llegaron á ser preferidos á los naturales y legítimos. Esto hizo Augusto adoptando á Tiberio y Agripa, aunque tenia nietos de su hija Julia; el mismo Tiberio lo repitió adoptando á Germánico *super propiam stirpem*: y por último el emperador Claudio adoptó y designó por sucesor á su hijastro Neron anteponiéndole á Británico, hijo natural y legítimo suyo, aunque solo tenia dos años menos que Neron; *Tacito, libro 12 de los Anales, número 25.*

La adopcion era una palabra *genérica* que comprendia tanto la *arrogacion* ó adopcion de los que no estaban bajo la patria potestad, como de los sugetos á ella: como palabra de especie solo denotaba el segundo caso: la arrogacion iba acompañada de mayores precauciones, y daba mayores derechos.

Indudablemente la adopcion no estuvo en las costumbres de los Godos; ningun vestigio de ella se encuentra en el Fuero Juzgo: el título 16, Partida 4, por el lujo servil de copiar todo lo Romano que domina en aquella obra, resucitó, ó mas bien pretendió ridícula é inútilmente resucitar el *porfijamiento* ó adopcion con todo su abigarramiento Romano.

Un solo ejemplar de adopcion ó *porfijamiento* encuentro en nuestra historia, y por cierto bien estravagante. D. Sancho el Fuerte, rey de Navarra, y don Jaime, rey de Aragon, se adoptaron ó prohijaron mútuamente en 1231, declarándose herederos el uno al otro de la corona: al año siguiente se habian arrepentido ya los dos de este monstruoso engendro de su ambicion.

El Código Frances, el Napolitano, Sardo y otros admiten la adopcion; el Prusiano sirvió de tipo y autoridad al Frances, á pesar de que era estraña á las leyes, hábitos y costumbres de los Franceses; el de Vaud y el Holandes callan sobre ella: el artículo 232 de la Luisiana dice: «La adopcion, que estaba autorizada por las leyes del pais, es y queda abolida.»

Es un hecho constante y notorio que la adopcion no está en nuestras costumbres. Hubo por lo tanto en la Seccion una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su pais habia algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que seria tan rara y estraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo ó facultativo, y de una cosa que puede conducir á sentimientos dulces y benéficos; téngase sin embargo presente que ni en los Códigos modernos ni en este título se hace la distincion Romana entre arrogacion y adopcion en especie: por esta consideracion seré breve en los comentarios.

ARTICULO 133.

Las personas de ambos sexos que hayan cumplido la edad de 45 años, pueden adoptar.

El adoptante ha de tener 15 años mas que el adoptado.

Es el 343 Frances, que en lugar de 45 exige cincuenta años : la ley 17, párrafo 2, título 7, libro 1 del Digesto, exigia sesenta: las leyes del título 16, Partida 4, callan sobre esto.

De ambos sexos : por Derecho Romano y Patrio no podian adoptar las mugeres como incapaces de patria potestad; despues se les concedió *ex indulgentia principis*, no para el efecto de adquirir aquella, sino para consolarlas de la pérdida de sus hijos, párrafo 10, título 11, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 16, Partida 4.

Ha de tener 15 *años*: por Derecho Romano y Patrio eran 18, párrafo 4 y ley 2 citados, pues aunque permitian el matrimonio á los 14 años, rara vez se tienen hijos antes de los 18: el artículo 188 Sardo exige tambien los 18.

ARTICULO 134.

Se prohibe la adopcion á los eclesiásticos y á los que tengan descendientes legítimos.

El mismo artículo 343 Frances que calla sobre eclesiásticos; el 188 Sardo los nombra porque la adopcion es una ficcion é imágen del matrimonio, que está prohibido á los eclesiásticos.

Segun la ley 17, párrafo 3, título 7, libro 1 del Digesto, no podia adoptar el que tuviera hijos ó descendientes, aunque por la 15, párrafo 2, se ve que algunas veces, prévio conocimiento de causa, se concedia lo contrario: las leyes de Partida callan sobre esta circunstancia; pero su espíritu es, á no dudar, el mismo, porque, existiendo descendientes legítimos, cesan los motivos y objeto de la adopcion, y bastará que estén concebidos, aunque no hayan nacido, porque *is, qui nasci speratur, cum de ipsius jure quœritur, pro superstite est*. Ley 231 de *verborum significatione*.

ARTICULO 135.

El tutor no puede adoptar al menor hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

193 Sardo; ley 17 *in principio*, título 7, libro 1 del Digesto, que da la razon: «*Ne forte eum adrroget, ne rationes reddat:*» la misma prohi-

bicion con la misma razon se lee en la ley 6, título 16, Partida 4: este artículo guarda conformidad con el 264.

ARTICULO 136.

El cónyuge no puede adoptar sin el consentimiento de su consorte.

Párrafo 2.° del artículo 344 Frances, 267 Napolitano y 190 Sardo.

Esta disposicion es conforme al decoro y miramientos que se deben los esposos. Como el adoptado debe llevar el apellido y seguir el destino del adoptante, es natural que sea consultado el compañero ó compañera de este mismo destino; y debiendo el hijo adoptivo vivir habitualmente en la casa comun, no debe ocupar este lugar sin el consentimiento del otro esposo: se interesan, pues, á un tiempo el bien parecer y la paz del matrimonio.

¿Puede una persona casada darse en adopcion sin consentimiento de su consorte?

Rogron decide esta cuestion por las reglas generales sobre las obligaciones comunes: el marido podrá porque no necesita el consentimiento de la muger para obligarse; esta no podrá por la razon contraria; pero tendrá recurso al juez para que la autorice.

Yo creo que el decoro y la paz del matrimonio aconsejan tambien la negativa en este caso como en el que espresa el artículo.

ARTICULO 137.

Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente; pero fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por mas de una persona.

Es la primera parte del 344 Frances, 267 Napolitano y 190 Sardo.

Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere, ley 16, título 7, libro 1 del Digesto.

La adopcion es una ficcion, y toda ficcion supone siempre términos hábiles, no imposibles, una cosa que ha podido ser, aunque no ha sido. Nadie puede tener dos padres naturales: y en el órden civil, ¿cuál de los padres adoptivos ejerceria la patria potestad?

La escepcion ó ficcion en favor de los esposos, nada tiene que no sea natural.

ARTICULO 138.

Para la adopcion de un mayor de edad se necesita su espreso consentimiento: para la de un menor de edad el de las personas que respectivamente deben prestarlo para que pueda casarse; y para la del demente el de su curador.

La primera parte de este artículo es tambien la primera del 546 Frances, y comun á todos los Códigos: la adopcion envuelve obligaciones, y el menor de edad no puede obligarse.

Para la de un menor, etc. El artículo 270 Napolitano y 194 Sardo, para el caso en que el menor de edad esté bajo tutela, exigen la aprobacion del consejo de familia: el citado artículo 346 Frances prohibe absolutamente la adopcion de todo menor de edad.

Para que pueda casarse: Vé los artículos 53, 54 y 55.

ARTICULO 139.

La adopcion ha de hacerse presentándose ante el alcalde el adoptante, el adoptado y las personas que, conforme al artículo anterior, deben prestar su consentimiento, y se consignará en escritura pública.

Los Códigos Frances, Napolitano y Sardo prescriben largas y engorrosas solemnidades ante el juez de paz, el tribunal de primera instancia, y por último, ante el tribunal superior ó de apelacion: en vista de ello, podria creerse que se trataba de una institucion ya recibida y frecuente.

ARTICULO 140.

El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del que le adopte, con tal que esto se esprese en la escritura de adopcion.

«La adopcion conferirá el apellido del adoptante al adoptado, añadiéndolo al apellido propio de este:» artículo 347 Frances, 271 Napolitano y primera parte del 196 Sardo; en su segunda parte dispone que no pasan las armas y la nobleza sino en virtud de un permiso del Rey, concedido á instancia del adoptante.

Como quiera, teniendo el adoptado apellido propio, esto puede ocasionar confusion é incertidumbre sobre la identidad de su persona en tiempos venideros, pues se le verá con un apellido que no aparecerá en su partida de nacimiento, y podrá ignorarse que fué adoptado.

ARTICULO 141.

El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos; pero no adquieren derecho alguno á heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural.

349 Frances en cuanto á los alimentos, 273 Napolitano, 198 Sardo: basta para esta obligacion recíproca el nombre de padre é hijo que los une; pero esta obligacion no sale de ellos mismos, ni liga á sus ascendientes y descendientes.

El adoptado conserva, etc.: primera parte del 348 Frances y 272 Napolitano: quedarán, por lo tanto, entre el adoptado y sus ascendientes y descendientes la obligacion recíproca de alimentos y los derechos de sucesion comunes á todos los parientes.

Sin embargo, la adopcion es considerada como cognacion ó parentesco civil para producir el impedimento de matrimonio, que esplica la ley 7, título 7, Partida 4, conforme con el Derecho canónico, al que nos referimos en los artículos 48 y 90.

Téngase tambien presente el artículo 170; el adoptado menor de edad queda sujeto á la patria potestad del adoptante.

Los efectos de la adrogacion fueron entre los Romanos iguales á los de la filiacion legítima y natural; los de la adopcion quedaron reducidos por Justiniano, párrafo 2, título 11, libro 1, *jura patris naturalis minime disolventur, nec quidquam ad patrem adoptivum transit: licet ab intestato jura suscessionis ei a nobis tributa sint.*

El artículo 350 Frances, 274 Napolitano y 199 Sardo van mucho mas adelante que Justiniano en punto á herencias, pues atribuyen al hijo adoptivo en la herencia del adoptante los mismos derechos que tendria el hijo nacido en matrimonio, aun cuando hubiera otros hijos de esta última calidad nacidos despues de la adopcion: de modo que, segun un fallo del Tribunal de Casacion citado por Rogron al artículo 915, el hijo adoptivo puede pedir que se reduzcan como inoficiosas las donaciones hechas por el adoptante con anterioridad á la adopcion.

Esta exorbitancia de derechos no es seguramente el medio mas á propósito para hacer aceptable y dar vida á una innovacion, rechazada hasta ahora por las costumbres de los pueblos modernos. ¿Quién irá á imponerse por heredero forzoso á un estraño, sin que pueda desentenderse de él, aunque le sobrevengan hijos legítimos? ¿Y cómo podrá negarse al adoptante la sucesion en los bienes del adoptado que muera sin descendencia legítima, contra la regla general de reciprocidad en las sucesiones? Sin embargo, los Códigos citados se la niegan.

Por mas que se diga y haga, repugnará siempre igualar la ficcion ó adopcion con la realidad ó filiacion legítima y natural. Baste al adoptado tener segura la educacion y alimentos, que podrá reclamar hasta de los herederos del adoptante: los derechos de sucesion deben dejarse al merecimiento, y así la adopcion será mas benéfica y moral.

TITULO VI.

DE LA MENOR EDAD.

ARTICULO 142.

Las personas de ambos sexos, que no han cumplido 20 años, son menores de edad.

Vé el artículo 276 y lo en él espuesto.

TITULO VII.

DE LA PATRIA POTESTAD.

«La patria potestad, segun la define cierto jurisconsulto y filósofo, es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y á la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administracion y góce de los bienes de sus hijos.»

Yo diria con mas concision: «Es el conjunto de derechos que la ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados.»

Entre los antiguos Romanos fué el *dominio quiritario* del padre sobre los hijos; *nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem; qualem non habemus*, párrafo 2, título 9, libro 1, Instituciones.

Republicanos y guerreros, los Romanos, por el mismo espíritu de independencia que llevaba la libertad hasta la licencia en el gobierno, quisieron el despotismo hasta la tiranía dentro de casa. Miraron, pues, á sus hijos como *simples cosas ó bienes*; podian venderlos bajo este concepto, y ejercian sobre ellos el derecho de vida y muerte, *como jueces ó magistrados domésticos.*

Tanto poder no podia subsistir con la corrupcion general de costumbres y el absolutismo de los Emperadores. Fué pues reducido el derecho de venta á los hijos *sanguinolentos* ó recien nacidos, y en caso de estremada necesidad, ley 2, título 43, libro 4 del Código: el derecho de vida y muerte vino á quedar en el de castigar moderadamente, y prescribir la sentencia al juez en las injurias mas atroces cometidas contra los mismos padres, si estos acudian á él por la contumacia de

los hijos, ó porque el castigo moderado no alcanzaba á la gravedad de la injuria, leyes 3 y 4, título 47, libro 8 del Código.

La madre carecia de potestad en todos casos, y tambien el abuelo materno sobre los nietos; en cambio, el abuelo paterno la tenia, no solo sobre el hijo sino sobre los hijos de este, porque ni el matrimonio ni la mayor edad eran causas de emancipacion: vé los artículos 272 y 276.

Segun la ley 1, título 17, Partida 4, *patria potestas* en latin tanto quiere decir en romanze como «el poder que han los padres sobre los fijos.» Lo espuesto en el último párrafo sobre la madre y abuelos fué tambien adoptado en el citado título 17, y su ley 8 permitia vender ó empeñar su hijo (fuese ó no recien nacido) en necesidad estrema, y aun comérselo antes de entregar el castillo sin mandado de su señor. La 12, título 4, libro 5 del Fuero Juzgo, prohibia absolutamente á los padres vender, donar ó empeñar á sus hijos: todo lo espuesto (si es que alguna vez estuvo en uso) ha variado, segun se verá el curso de este título.

En Aragon, dice la observancia 2.ª *De consuetudine hujus regni, non habemus patriam potestatem.* No es pues, allí la patria potestad mas que la autoridad directiva de las acciones de los hijos, y de castigarlos moderadamente para conservar la paz doméstica. La patria potestad, segun la decision de la antigua córte del Justicia de Aragon, solo existe en él en lo que es favorable á los hijos: pero esto parece no estar en concordancia con la casi absoluta libertad de los padres para disponer *uti legassit.*

Los modos de adquirir la patria potestad eran, y son aun, el matrimonio, la legitimacion y la adopcion, aunque la segunda puede hoy comprenderse en el matrimonio, pues solo tiene lugar por este; pero no se olvide que el artículo 171 concede tambien la patria potestad al padre y á la madre sobre los hijos naturales legalmente reconocidos: de consiguiente este es un cuarto modo de adquirirla.

CAPITULO PRIMERO.

De los efectos de la patria potestad, respecto á las personas de los hijos.

ARTICULO 143.

Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar á los padres.

Es literal del 210 Sardo; bajo las palabras «Honor y respeto» dicen lo mismo el 371 Frances, 287 Napolitano, 233 de la Luisiana, 199 de

Vaud, 535, párrafo 1, Holandes: el 61 Prusiano, título 2, parte 2, dice: «Los hijos deben obediencia y respeto á su padre y madre.»

La ley 1, título 19, Partida 4: «El fijo es tenudo de amar é obedecer al padre:» lo de obediencia no es absolutamente cierto, sobre todo en el hijo emancipado, que viene tambien comprendido en nuestro artículo.

Las leyes Romanas usan siempre de las palabras «*piedad*, *reverencia*» tanto para con el padre, como para con la madre, *pietas enim parentibus, et si inæqualis est eorum potestas, æqua debebitur,*» ley 4, título 10, libro 27 del Digesto. «*Si pietatem patri debitam non agnoscit:: reverentiam autem debitam exhibere matri filios coget.* (Praeses provinciae) leyes 3 y 4, título 47, libro 8 del Código: el artículo en pura plata no es mas que el precepto del Decálago: «Honrarás padre y madre.»

«A primera vista (se dice en el discurso 31 frances sobre el citado artículo 371) no es este sino un precepto de moral; pero al salir de la borrasca que ha trastornado tantas cabezas, y amenazado tanto con una suversion total de toda idea de subordinacion y de reverencia filial, este precepto debia preceder á disposiciones enteramente relativas á una autoridad temporal, para recordar incesantemente á los hijos que, si en ciertas épocas de la vida quedan por la ley emancipados de la autoridad de sus padres, no hay momento de la vida, ni circunstancia, ni situacion, en que no se les deba honor y respeto.»

En otra parte del mismo discurso se leen estas hermosas espresiones: «La naturaleza y la gratitud hacen ver al hijo, ya emancipado, en los autores de sus dias una dividad doméstica y tutelar, á la que siempre rinde culto: *es la piedad filial adorando la piedad paterna.*»

Por otra parte, se ha hecho la sabia observacion de que, puesto este precepto por cabeza de la ley, *vendrá á ser para los jueces un punto de apoyo en muchas ocasiones*; por ejemplo, en las contestaciones de interes pecuniario entre padres é hijos, pues si estos llegan á traspasar en sus medios de ataque y defensa los límites que el respeto debe prescribirles, será preciso hacerles entrar en ellos por advertencias ú otras demostraciones, mas ó menos severas, segun la naturaleza de su ofensa.

ARTICULO 144.

Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad del padre.

Conforme con el 372 Frances, 234 de la Luisiana, 354 Holandes, y 200 de Vaud: vé los otros artículos estranjeros con todo lo espuesto en el artículo 276.

Menores de edad : y que no hayan sido emancipados ; ve el artículo 160 y el título 9 de este libro.

ARTICULO 145.

El hijo no podrá dejar la casa paterna sin permiso de su padre, mientras estuviese en la patria potestad.

Conforme con el 274 Frances, que esceptúa únicamente el caso de enganche ó alistamiento á los diez y ocho años cumplidos. De los tres discursos franceses sobre el dicho artículo, solo en el 33 se escusa ó funda esta escepcion: yo la esplico por haberse formado el Código civil Frances bajo el influjo de un conquistador, cuyo sistema político era la guerra permanente: así que tan solo ha sido adoptada en el Sardo, artículo 212, que estiende la prohibicion de dejar la casa paterna hasta los 25 años, á pesar de que en el 367 fija la mayor edad á los 21.

El artículo 220 Napolitano pone otra escepcion: «Si hay justo motivo que haga necesaria y evidentemente útil la separacion de domicilio, lo decidirá el juez de paz sin motivar la sentencia:» esto mismo se encuentra en el artículo 212 Sardo.

Un jurisconsulto frances comentando el artículo 274 supone el caso de haberse formado el hijo un establecimiento comercial á parte, y con el consentimiento de su padre. Prospera el hijo, y el padre pretende que vuelva á la casa paterna: el hijo lo resiste, alegando que el padre lo hace por apoderarse de los productos de su establecimiento.

Segun el Jurisconsulto indicado quedaria á la prudencia del Juez estimar, ó no, por bastante la objeccion del hijo: su opinion parece razonable y equitativa, porque las leyes autorizan el uso del derecho, no el abuso, y nunca favorecen el fraude y la codicia : tanto mas cuanto, que segun el número 2 de nuestro artículo 154, esta clase de bienes pertenece al hijo en propiedad y usufructo.

Por de contado, nuestro artículo no admite la escepcion francesa del enganche, la mas sensible para los padres y la mas desastrosa para los hijos : el servicio militar está bastantemente atendido y cubierto con la ley de reemplazos.

Vé una limitacion ó modificacion de este artículo en el 277.

Yo no veo que en rigor sea necesario el artículo 145, porque es una consecuencia natural, y aun forzosa del 144; lo mismo digo de los Códigos modernos; y tal vez por esta consideracion callaron el Derecho Patrio y el Romano.

ARTICULO 146.

El padre dirige la educacion de sus hijos, y es su lejitimo representante en juicio.

El 389 Frances le confia la administracion de los bienes de sus hijos menores; el 450, hablando del tutor, bajo cuya palabra comprende tambien al padre, le da la representacion del menor en todos los actos civiles; lo mismo el 312 y 373 Napolitanos, 231 y 311 Sardos, 363 y 441 Holandeses, 251 de la Luisiana: el 512 Austriaco es mas general: «Los hijos que están bajo la potestad del padre no pueden contraer, ni hacer acto alguno sin la asistencia de su padre.»

En Derecho Romano la patria potestad no espiraba por la mayor edad, y de este caso hablan las leyes que disponen con tanta variedad sobre demandar, ó ser demandado el hijo por accion personal y real segun la diversidad de peculios; pero los menores de 25 años, aunqu, no fuesen hijos de familia, no eran personas hábiles para comparecer en juicio: párrafo 2, título 23, libro 1, Instituciones.

La legislacion Romana pasó con ligeras modificaciones á las Partidas; en los títulos 5 y 7 de la tercera pueden verse los casos en que el hijo de familia podia comparecer en juicio contra otros, y aun contra su mismo padre, pidiendo antes la vénia.

¿Cómo negar al padre, cuya autoridad y derechos son mayores, lo que se concede al marido y al tutor en los artículos 62 y 218?

Dirige la educacion. El artículo 74 Prusiano, parte 1, título 2, dice: «Corresponde al padre determinar el género de educacion que debe ser dado al hijo:» el 148 Austriaco: «El padre puede criar al hijo para el estado á que le destina; pero el hijo llegado á la mayor edad puede dirigirse á los tribunales para pedir otro destino.»

Tampoco puede negarse al padre lo concedido al tutor en el artículo 222 con solo oir al consejo de familia; y si por el artículo 68 se le impone la obligacion de dar educacion á sus hijos, es consiguiente y necesario el derecho de dirigirla.

ARTICULO 147.

El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente á sus hijos, y cuando esto no alcance, podrá imponerles, con intervencion del juez del domicilio, hasta un mes de retencion en el establecimiento correccional destinado al efecto.

En este caso no se estenderá ninguna diligencia por escrito, y bastará la órden del padre con el visto bueno del Juez.

Segun los artículos 375, 376 y 377 Franceses, siendo el hijo menor de 16 años, puede el padre hacerle arrestar hasta un mes; cumplida aquella edad, puede pedirlo hasta seis meses á lo mas; pero el presidente, despues de conferenciar con el Fiscal, concede ó niega la órden de arresto, y puede acortar el tiempo pedido por el padre: le siguen el 214, 215 y 216 Sardos, 302 y 303 Napolitanos. El 202 de Vaud, sin distinguir de edad en los hijos, autoriza que el Juez á instancia del padre pueda hacerle arrestar por un tiempo que no pase de dos años, ni la mayor edad: el 357 Holandes ordena que sea oido el Fiscal; el arresto puede ser de tres meses para el hijo que no ha cumplido 15 años, y de un año para el que ha entrado en los 16: segun el 360, el hijo arrestado puede recurrir al tribunal superior: el 86 Prusiano, título 2, parte 1, ordena que el arresto haya de pedirse al Rey, ó al ministro de Justicia.

La medida del arresto se permite en casos graves, y cuando no alcanza la correccion moderada, de cuyo derecho suponen todos los mencionados Códigos revestido al padre: en algunos se espresa. «Los padres tiene el derecho de corregir á sus hijos, con tal que sea de una manera razonable»; artículo 236 de la Luisiana: «Tienen derecho de corregirlos pero con moderacion,» artículo 145 Austriaco.

Segun las leyes 3 y 4, título 47, libro 8, y la única, título 15, libro 9 del Código, el derecho de los padres en este punto quedó reducido á un moderado castigo ó *coercicion, non in inmensum extendi volumus:: sed privata animadversione compescat. Congruentius quidem videtur, intra domun, inter te ac filios tuos si quæ controversiæ oriuntur terminari.* Pero si esto no bastaba, y el hijo *in pari contumacia perseveraret*, el padre, segun la ley 3, presentará el hijo al presidente de la provincia, y le dictará la sentencia ó medida que haya de tomarse. Sin embargo, la ley 4 deja del todo la medida al arbitrio del presidente: «*præses læsam pietatem severius vindicabit*; y Gotofredo añade: *parente etiam non consulto.* Lo mismo se encuentra en la citada ley única: «*Si atrocitas facti jus domesticæ emendationis excedat, placet enormis delicti reos judicum dedi notioni.*

La ley 18, título 18, Partida 4, dice con admirable concision y sencillez: «El castigamiento (del padre contra el hijo) debe ser con mesura é con piedad;» y la 9, título 8, Partida 7, «Castigar debe el padre á su fijo mesuradamente.»

Castigar y corregir, etc. El padre, encargado de mantener la disciplina doméstica, debe estar armado por la ley de todos los medios necesarios y razonables para conseguirlo. Si tiene la obligacion de educar bien al hijo; ¿cómo negarle el derecho de castigarle y corregirle? Esta obligacion es la fuente y base de los derechos de patria potestad relati-

vos á la persona del hijo: vé el artículo 219. Pero si el padre abusára en este punto de su potestad, se hará precisa la intervencion de los tribunales (artículo 177 Austriaco) y de ello tenemos ejemplos en la ley única, título 14, libro 9 del Código y 10, título 8, Partida 7: vé el artículo 162.

Con intervencion. Nuestro artículo es mas sencillo que todos los estrangeros citados: reconociendo la necesidad ó conveniencia de armar al padre con este nuevo elemento de represion, no distingue de edades en el hijo, y señala un término corto para no dejar al arbitrio del juez el conceder ó negar la detencion segun los casos; pero es claro que el padre podrá pedirla de nuevo contra el hijo relapso ó protervo, aunque no se ha creido necesario espresarlo, como se hace en el artículo 379 Frances.

Establecimiento correccional. El 218 Sardo previene que el lugar del arresto ó detencion ha de estar lejos de todo peligro de corrupcion, y ser diverso de el de los condenados ó acusados: en este mismo espíritu fueron redactados los artículos 111 y 112 del Código penal.

Con intervencion del Juez: si llegan á formarse tribunales colegiados de primera instancia, parece que habrá de ser con intervencion del presidente, segun se dispone en el artículo 376 Frances.

En este caso etc.: Es una precaucion sabia y delicada para salvar el decoro del hijo y aun el de la familia: no conviene dejar rastros de una correccion ó castigo que debe mirarse como doméstico: los males ó desgracias de esta especie *tristitia operiunda*: vé lo espuesto en el artículo 162.

ARTICULO 148.

Si el padre ha contraido segundas ó ulteriores bodas, y el hijo es de los habidos en uno de los anteriores matrimonios, deberá manifestar al juez los motivos de disgusto que el hijo le haya dado; y el juez á su instancia ordenará la detencion, si encuentra fundadas las quejas del padre.

Esto mismo se observará cuando el hijo esté ejerciendo algun cargo ú oficio, aunque el padre no haya contraido segundo matrimonio.

El primer párrafo es el artículo 380 Frances, 220 Sardo, 307 Napolitano. El segundo es el artículo 382 Frances que añade el caso de tener el hijo bienes personales, y ambos le conceden que pueda acudir en queja al Fiscal del tribunal superior: lo mismo el 221 Sardo, 309 Napolitano: el 360 Holandes es enteramente conforme á nuestro segundo párrafo, y no admite el caso de bienes personales del hijo, pues respecto de ellos el padre ni pierde ni gana por la detencion ó arresto.

Segundas ó ulteriores bodas, etc. En los casos del artículo anterior no puede el Juez negar la detencion pedida por el padre, ni este se halla obligado á motivar su peticion: en los de este artículo sucede lo contrario: el padre ha de manifestar los motivos, y segun los aprecie el Juez, concederá ó negará el arresto. Ha debido mirarse por los hijos de anteriores matrimonios para defenderlos contra las asechanzas y funesto influjo de las madrastras sobre sus maridos.

El párrafo segundo se funda en lo espuesto al artículo 145, palabras «un jurisconsulto etc.»: ademas en este caso la detencion puede acarrear gravísimos perjuicios al hijo, y trastornar su porvenir: en las palabras *cargo ú oficio* se comprende tambien la profesion.

ARTICULO 149.

Serán de cuenta del padre los gastos y alimentos devengados por el hijo detenido de su òrden ó en virtud de sus reclamaciones.

El padre siempre es árbitro de levantar el arresto ó detencion del hijo.

Conforme con el 379 y parte 2 del 378 Frances, 217 y 219 Sardos, 305 y 306 Napolitanos, 357 y 359 Holandeses.

El padre interpela ó invoca la autoridad pública: justo es, pues, que pague los gastos á que da ocasion y que se hacen para servirle: los alimentos son siempre una carga natural y civil del padre.

Siempre es árbitro: porque aqui no se trata de delito público, sino de indisciplina ó faltas domésticas: no es la sociedad, sino el padre, quien castiga: algo parecido á esto se ve en un caso mas grave, cual es el adulterio segun el artículo 351 del Código penal.

CAPITULO II.

De los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos.

ARTICULO 150.

El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores.

Conforme con el Derecho Romano y Patrio. El 389 Frances, dice: «Durante el matrimonio:» le siguen el 362 Holandes, 291 y 312 Napolitanos, 267 de la Luisiana y 213 de Vaud: el 231 Sardo suprime, como el nuestro, aquellas palabras, porque el padre ni por enviudar, ni por

repetir matrimonio pierde la administracion, mientras los hijos sean menores de edad.

Administrador legal: tenga ó no el usufructo y salva la escepcion del artículo 153.

ARTICULO 151.

Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad, pertenecen á este en propiedad y usufructo, salva la facultad que tiene el padre, en todo caso, de hacer al hijo alguna donacion de estos bienes, ò señalarle alguna parte en sus utilidades.

Los Códigos modernos no hacen mencion espresa ni tácita del peculio profecticio, aunque sí del adventicio, del castrense y casi-castrense, unos con estos mismos nombres, otros admitiendo la realidad y sustancia de ellos: solo el artículo 3 Bávaro, capítulo 5, libro 1, hace una ligera indicacion del primero.

Este es el peculio llamado en Derecho Romano y Patrio *profecticio*, párrafo 1, título 9, libro 2, Instituciones, y ley 5, título 17, Partida 4, con las que está conforme el artículo en su fondo.

Los intérpretes de Derecho Romano reputaban tambien peculio profecticio lo que el hijo adquiria por ocasion ó contemplacion de su padre: el párrafo citado solo dice, *si quid ex re patris*; la ley de Partida «con los bienes del padre»; y nuestro artículo dice en el mismo sentido rigoroso «con el caudal del padre.»

Salva la facultad. Esta escepcion tiende á fomentar los dulces afectos entre padre é hijo, y es útil á los dos: el padre puede estimular el celo ó trabajo del hijo y recompensarlo; el número 2 del artículo 154 no habla de este caso.

¿La donacion que haga el padre al hijo en estos bienes quedará sugeta á colacion, y á la medida ó reglas sobre ser ó no inoficiosa? ¿Habrá de ser lo mismo si le señala una parte en las utilidades?

Adviértase que en este capítulo se trata de los hijos menores de edad y que han de quedar emancipados *ipso jure* al cumplir los 20 años, ó antes si contraen matrimonio. Serán, pues, raros los casos en que pueda agitarse esta cuestion, contrayéndola á los menores: ¿qué padre prudente va á entregar una parte de su capital á un hijo menor de 20 años para que negocie ó lo invierta libremente? De todos modos, no podrá hacerlo antes de cumplir el hijo diez y ocho años, edad precisa para la emancipacion, á la que puede asimilarse el manejo libre de un capital.

Pero el caso, aunque raro, puede ocurrir en el menor, y puede ser

frecuente en un mayor de edad, porque tambien á este puede entregar el padre una parte de su caudal para que la maneje en su nombre, é importa poco que se llame ó no *peculio*.

Esto supuesto, me inclino á la afirmativa respecto de las donaciones, porque en el título de ellas no se ha hecho una sola escepcion, y de otro modo podria hacerse ilusoria la legítima.

Respecto de las utilidades, fuera del caso de fraude, me inclino á la negativa, porque son inciertas, y se deberán en parte á la industria del hijo que merece recompensa: en una palabra, *respecto de donaciones y utilidades debe considerarse al hijo como á un estraño.*

ARTICULO 152.

Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo ó industria, estando en poder y compañía del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo.

ARTICULO 153.

Los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo, pertenecen á este; pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo está en su poder.

El 384 Frances no distingue de peculios ó bienes; y concede al padre el usufructo de todos ellos, hasta que el hijo haya cumplido 18 años, ó antes si ha sido emancipado: el 387 niega al padre el usufructo de los comprendidos en nuestro artículo siguiente 154.

Los motivos que se dan en los discursos 31, 52 y 53 para justificar las restricciones puestas al usufructo del padre en el citado artículo 384, son tan injuriosos á la moral como á la naturaleza: Rogron no se atreve á mencionarlos, y da otro bien frívolo, no espuesto en los discursos.

Sigue al artículo 384 Frances el 298 Napolitano con la adicion de que, muerto el padre, no tenga la madre sino la mitad del usufructo hasta la mayoría ó emancipacion del hijo.

El 259 de la Luisiana, 204 de Vaud y 168 Prusiano, título 2, parte 1, suprimen las odiosas restricciones del 384 Frances.

El 366 Holandes hace durar el usufructo del padre hasta los 20 años cumplidos, ó el matrimonio de los hijos.

Los 149 y 150 Austriacos adjudican á los hijos todo lo que adquieren: al padre, solo la administracion y derecho de sacar los gastos de educacion.

El 224 Sardo dice: «El padre tiene derecho al usufructo de los bienes adventicios del hijo sujeto á su potestad hasta que este haya cum-

cumplido 30 años: son adventicios los bienes que hayan venido al hijo por herencia intestada, ó testamentaria, por legados, donaciones, ó á título lucrativo»

El 225, tambien Sardo: «si el hijo ha contraido matrimonio con el consentimiento paterno, el usufructo cesará cuando el hijo cumpla 25 años y las hijas 21: si el matrimonio ha sido contraido despues de esta edad, pero antes de los 30 años, el usufructo cesará desde el dia mismo del matrimonio.»

El Derecho Romano y Patrio entendieron como peculio ó bienes adventicios todos los no comprendidos en nuestro artículo anterior 151 y en el número 3 del 154, sin esceptuar los que el hijo adquiria fuera de la compañía del padre: en todos ellos se dió á este el usufructo, y al hijo la propiedad, aunque antiguamente los adquiria por entero el padre.

Quod filio suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, párrafo 1, título 9, libro 2, Instituciones. *Quæ filiusfamilias acquisierit, non ex ejus substantia, cujus in potestate constitutus est, sed ab aliis quibuscumque causis, quæ ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis ad eum perveniant*, ley 6, título 61, libro 6 del Código.

«Lo que el fijo ganasse por obra de sus manos, por algund menester, ó por otra sabiduria que oviesse, ó por otra guisa; ó por alguna donacion: ó por herencia de su madre, ó de alguno de los parientes della, ó de otra manera: ó si fallase tesoro, ó alguna otra cosa por aventura.» Ley 5, título 17, Partida 4.

Eorum ususfructus apud patrem permaneat: dominium autem filiisfamilias inhæreat: pater usumfructum, filius habeat propietatem: Leyes 4, 6 y 8 del citado título 61. «Deve ser la propiedad del fijo: é el usufructo del padre,» la misma ley de Partida. El usufructo de estos bienes viene á ser como una compensacion de los gastos y cuidados del padre en la educacion del hijo, y en la administracion de sus cosas.

Pero todos los Códigos hasta aquí citados hablan de hijos legítimos, no de los naturales: los unos porque como el Derecho Romano y Patrio no admiten patria potestad sobre los segundos, aun cuando estén legalmente reconocidos, artículo 254 de la Luisiana y 644 Prusiano, título 2, parte 1; otros, porque admitiéndola, esceptúan espresamente el usufructo, como el artículo 374 Holandes: vé nuestro artículo 170.

Con su trabajo, etc. Por un lado conviene presentar estímulo y premio al hijo; por otro, dar alguna indemnizacion al padre que le mantiene y cuida.

Título lucrativo: en el artículo 153 se decia antes *herencia, donacion, legado*, como se dice en otros Códigos: se acordó suprimir estas palabras, porque el título lucrativo lo encierra todo.

ARTICULO 154.

Pertenecen al hijo en propiedad y usufructo:

1.° Los bienes donados ó mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, ó el ejercicio de alguna profesion ó arte liberal, ó con la condicion de que el padre, ó la madre en su caso, no ganen el nsufructo; pero esta condicion no puede imponerse sobre la legítima.

2.° Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo ó industria, no estando en compañia del padre.

3.° Los bienes que los hijos adquieren por ocasion de la milicia, ó con el ejercicio de cargos ó empleos civiles, de profesiones ó artes liberles.

Número 1. El artículo 387 Frances está en su fondo conforme con el nuestro, aunque no es tan espresivo respecto de los bienes del número 3: lo siguen el 301 Napolitano, 147 Prusiano, título 2, parte 1, 368 Holandes, 209 de Vaud y 227 Sardo: de estos dos últimos se ha tomado la restriccion *«pero no puede imponerse etc.»* que es una consecuencia del artículo 643 y se encuentra en la Novela 117, capítulo 1. *«Póstquam reliquerint filiis partem quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ,* pueden dejarlo *sub hac conditione, ut pater, aut qui omnino eos habent in potestate, neque usufructum, neque quod, libet penitus habeant participium.*

No encuentro ley especial de Partida sobre la disposicion del número 1; pero la 11, título 4, Partida 6, lo envuelve tácitamente, pues solo prohibe imponer condicion en la legítima.

Cada cual puede imponer á su liberalidad la condicion que mas le plazca, pero no al pago de una deuda; y la legítima lo es respecto de los que tienen herederos forzosos.

¿Podrá estenderse la condicion hasta prohibir al padre la administracion de lo que se deja al hijo?

Segun el espíritu de nuestro artículo, sí; aunque su letra no lo esprese por creerlo resuelto en la disposicion general del artículo 1033: la condicion mencionada no puede bajo ningun concepto clasificarse entre las prohibidas; y si puede quitarse al padre el usufructo que es lo útil y positivo; ¿por qué no la administracion que es una carga y de grave responsabilidad? De otro modo, ó subsistirá la liberalidad contra la espresa voluntad del que la hizo, ó se anulará con gran perjuicio del hijo, á quien se quiso favorecer.

Para el seguimiento de una carrera etc.: porque la determinacion del objeto, á que ha de aplicarse lo que se da, ó deja al hijo, envuelve de necesidad la prohibicion de que el padre tenga el usufructo.

Yo entiendo que esto es conforme al espíritu de todos los Códigos, aunque solo se espresa en el artículo 226 Sardo, que en esta materia nada deja que desear; dice así: «El usufructo del padre no se estenderá á los bienes que los hijos adquieran por ocasion de *la milicia*, ó en el clericato, ó con el ejercicio de cargos ó empleos civiles, de profesiones ó artes liberales: tampoco se estenderá á los *bienes que les fueron donados, ó dejados* para emprenderlas ó continuarlas: ni á los que los hijos adquieran con su propio trabajo, ó industria separada.»

Número 2. Conforme con los artículos estrangeros citados en el número 1, y ademas con el 226 Sardo, 242 de la Luisiana, 151 Austriaco.

El Derecho Romano y Patrio no reconocen esta escepcion favorable al hijo, y que tiene por objeto dar alimento al trabajo y á la industria: sin embargo, era mas importante y hasta necesaria en aquellos Códigos, puesto que ni la edad ni el matrimonio eran causas de emancipacion.

Número 3: los bienes comprendidos en este número formaban por Derecho Romano y de Partidas los peculios llamados *cástrensé* y *cási castrense*: el primero se componia de lo que el hijo adquiria *por ocasion de la milicia armada*, leyes 1, título 37, libro 12 del Código, y 11, título 17, libro 49 del Digesto, que esplican todo lo en él comprendido, así como la ley 6, título 17, Partida 6.

El 2 se componia de lo adquirido por *ocasion de la milicia togada*, como en el ejercicio de las artes liberales, de cargos públicos, abogacia, enseñanza pública y por donaciones reales: fué introducido *ad exemplum militum:: militant namque*, leyes 4 y 14, título 7, libro 2, del Código, y 7 del citado título 17, pues á todo lo dicho se dió por honor el nombre de *milìcia urbana ó togada*.

No puede negarse que en aquella legislacion el peculio casi castrense tenia mayor importancia por la razon espuesta en el número 2; pero todavia puede tener alguna en nuestro Código: un hijo antes de los 20 años, y en la misma casa paterna, puede ejercer la abogacia, algun arte liberal, ó destino público: el número 2, habla solo del caso de separacion.

El citado artículo 226 Sardo admite en el fondo estas dos especies de peculio sin usar la nomenclatura romana; y el 229 establece lo mismo respecto de los bienes que el hijo adquiera de la munificencia del Rey: el 147 Prusiano, título 2, parte 1, habla de recompensas en general sin limitarse á las del Rey.

En Derecho Romano habia otros dos casos en que el padre no adquiria el usufructo: el artículo 228 Sardo los ha copiado, pero no pueden tener lugar en nuestro Código.

Conviene sin embargo tener presente, que cesa el usufructo del padre siempre que se acabe ó se pierda la patria potestad segun los artí-

culos 160, 161 y 162, y en el caso de ser desheredado segun los artículos 625 y 673.

ARTICULO 155.

El hijo tendrá tambien la administracoin de los bienes comprendidos en los números 2 y 3 del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado.

Por Derecho Romano y Patrio el hijo era reputado padre de familias en el peculio castrense y casi-castrense: tenia, pues, la libre administracion y podia disponer de ellos en los mismos términos que era permitido hacerlo á todo el que no estaba sujeto á la patria potestad: «pueden fazer destos bienes atales lo que quisieren.»

Mas yo no infiero de esto que el hijo menor de 25 años pudiera mas en ellos que cualquier otro menor de dicha edad libre de la patria potestad y por lo mismo padre ya de familias: esto seria convertir el favor ó beneficio en disfavor ó daño del hijo.

Por esto es que el artículo 3 Bávaro, párrafo 2, capítulo 3, libro 1, concede al padre la administracion de estos dos peculios durante la menor edad del hijo.

Nuestro artículo dice algo mas: «se le considera como emancipado:» y como la emancipacion no puede tener lugar sino á los 18 años cumplidos segun el artículo 273, se sigue que solo desde aquella edad deberá considerársele como emancipado en cuanto á los dichos peculios, y podrá obrar en ellos con toda la latitud del artículo 275 y 277.

Naturalmente debia suceder asi, aunque no se espresase, porque es dificil la adquisicion de esta clase de bienes sino en edad muy próxima á la mayoria, sobre todo fijando esta en los 20 años cumplidos.

Otro tanto puede decirse de los bienes comprendidos en el número 2 del artículo anterior: en unos y otros los medios de adquisicion están enlazados con la utilidad pública; justo es por lo tanto que el legislador los promueva y recompense.

En los del número 1 no militan estas consideraciones: la adquisicion de un legado ó herencia, por ejemplo, solo es útil al adquirente, y puede recaer en un niño.

ARTICULO 156.

El padre tiene, relativamente á los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo, las obligaciones de todo usufructuario, escepto la de afianzar.

Respecto de aquellos en que no se le concede el usufructo, y si la

administracion, es responsable de la propiedad y de las rentas, y deberá cumplir lo dispuesto en el número 1 del artículo 449.

En los dos casos de este artículo tiene ademas el padre la obligacion determinada en el artículo 1842.

El 385 Frances sujeta al padre sin ninguna escepcion á todas las cargas del usufructuario, y ademas, á los alimentos y gastos de educacion del hijo, al de los atrasos ó intereses de los capitales, y al de los gastos de entierro y última enfermedad; algunos creen que en estos últimos se refiere al hijo; otros que se refiere á los de la persona á quien el hijo hereda: le copia el 299 Napolitano, 240 de la Luisiana y 205 de Vaud: el 367 Holandes suprime lo de gastos del funeral; el 230 Sardo copia tambien al Frances, pero exime al padre de la obligacion de afianzar; tambien le exime al tratar del usufructo el 601 Frances, que ha pasado á los artículos 832 Holandes, 526 Napolitano, 389 de Vaud, 513 Sardo, 6 Bávaro, capítulo 9, libro 2: el 179 Prusiano, título 2, parte 2, la exige del padre quebrado.

Todo usufructuario: vé el capítulo 3, título 3, libro 2. El artículo 370 Holandes priva de usufructo al padre ó madre que no ha hecho inventario: segun el 208 de Vaud, no haciéndolo ellos dentro de 42 dias lo ha de ordenar el juez de oficio.

Escepto la de afianzar: lo contrario seria una injuria á la ternura del padre, y una falta á la reverencia que le debe el hijo. Las leyes de Partida ni aun al usufructuario estraño imponian esta obligacion: vé lo espuesto al número 2, artículo 449: en la práctica nunca se exigió del padre.

Respecto de aquellos, etc. El padre usufructuario no responde sino de la propiedad de los bienes, lo que es comun á todo usufructuario segun el número 2 del artículo 449: si no tiene mas que la administracion, responderá tambien de los frutos ó rentas, como todo simple administrador: no era en verdad absolutamente necesaria esta espresion, que hacen los artículos 389 Frances, 231 Sardo, 363 Holandes, 257 de la Luisiana y 293 Napolitano; pero desenvuelve con mayor claridad la posicion del padre en ambos casos.

Cumplir lo dispuesto, etc.: no espresándose asi podria creerse que no quedaba obligado á cumplir con aquel requisito, porque el párrafo primero habla del padre usufructuario: pero la responsabilidad ó la devolucion de bienes envuelve siempre la necesidad de inventario.

En los dos casos, etc.: habrán de hipotecar segun los artículos 1787 y 1842.

No se ha seguido á los Códigos estranjeros citados en la enumeracion de las cargas, porque, ó son del padre como tal, y en este caso se encuentran los alimentos, párrafo 5, ley 8, título 61, libro 6 del Códi-

go, ó como simple usufructuario los atrasos é intereses. Los gastos de la última enfermedad del hijo son siempre á cargo del padre; los funerales solo á falta de bienes del hijo, artículo 1295.

Segun la ley 8, párrafo 4, título 61, libro 6 del Código, el padre tenia en cuanto al goce de los bienes adventicios y su cuidado las obligaciones de todo usufructuario, *omnia circa usufructum facere, quæ nullo modo propietatem possint deteriorem facere*; pero en seguida hace la notable modificacion *paterna reverentia eum excusante et á ratiociniis, èt á cautionibus et ab aliis omnibus quæ ab usufructuaris extraneis á legibus exiguntur*: tambien se da al padre la facultad de enagenar sin decreto del juez los inmuebles del hijo, en ciertos casos, y en todos, cuando sean estériles ó dañosos: vé á Gotofredo en el comentario de esta ley.

La ley 6 del mismo título, párrafo 2, habia dispuesto lo mismo en términos aún mas enérgicos: *tantum modo alienatione vel hypoteca denegata habeat parens plenissimam potestatem uti fruique his rebus:: aut quomodo voluerit gubernare:: et gubernatio earum sit penitus impunita.*

La ley 5; título 17, Partida 4, que da al padre el usufructo en los bienes adventicios del hijo, calla sobre el contenido de nuestro artículo; tambien callan la 3 y siguientes, título 15, Partida 6: solo la 24, título 13, Partida 5, le reconoce hasta cierto punto la facultad de enagenar los bienes inmuebles del hijo sin decreto judicial: este mismo silencio ha dado ocasion á que los autores hayan forjado distinciones muy sutiles, y sostenido las prerogativas del padre sobre los demas usufructuarios.

ARTICULO 157.

No cumpliendo el padre con lo prescrito en el artículo anterior, cualquiera de los parientes llamados por la ley á falta del padre ó madre á componer el consejo de familia, podrá compelerle judicialmente á cumplir esta obligacion.

Está en armonía con los 1787, número 5, y 1842, párrafo 1, salva siempre la disposicion del 1843. Puesto que la ley estima necesarias ciertas precauciones para asegurar los intereses del hijo menor, es consiguiente que alguno vele por su cumplimiento en caso de negligencia del padre; y á nadie debe, y puede, encargarse esta vigilancia con mayores probabilidades de buen éxito, que á los parientes mas cercanos del menor.

ARTICULO 158.

El padre no puede enagenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponde el usufructo y la administracion ó esta sola, ni gravarlos de ningun modo, sino por causas de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y prévia la correspondiente autorizacion del juez del domicilio.

Es el 232 Sardo que dice: «En caso de necesidad, ó utilidad demostrada, y prévio decreto del tribunal del domicilio.» El 291 Napolitano permite al padre vender los muebles; el 292 le prohibe enagenar ó hipotecar los inmuebles sino en caso de urgente necesidad y con la aprobacion judicial; el 170 Prusiano, título 2, parte 2, sujeta al padre á obtener la autorizacion judicial, aun para hacer en la propiedad del hijo las mudanzas ó innovaciones que el usufructuario no puede hacer sin el consentimiento del propietario: finalmente, el 364 Holandes manda que en este caso se observe lo dispuesto en el título de *tutela* para la enagenacion de los bienes de los menores: el Código Frances con su silencio parece disponer lo mismo que el Holandes, pues reconoce la *tutela* del padre y de la madre: de consiguiente se entenderá con ellos lo dispuesto para el tutor.

En cuanto al Derecho Romano y Patrio vé las leyes citadas en el artículo 156: las Romanas no están claras, y ni el mismo Gotofredo las entiende, pues exige solemnidades para la enagenacion en un caso, y en el otro no.

La de Partida, que en mi opinion nunca fué observada, es absurda y contradictoria: despues de decir redondamente «el padre non los deve enagenar en ninguna manera,» deja subsistente la enagenacion indebida, siempre que el hijo pueda indemnizarse con los bienes del padre, á cuyo efecto concede al hijo hipoteca tácita en ellos: inseguridad para el comprador de los bienes del hijo y de los del padre: la 13, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, prohibió terminantemente al padre todo acto de enagenacion.

Este artículo con el 156 ponen fin á estas dudas y confusiones agravadas con la algaravia y sutilezas de los autores.

Los bienes inmuebles: luego puede enagenar los muebles: y ¿cómo prohibir al padre lo que está permitido al tutor?

Absoluta necesidad, etc: vé lo espuesto al artículo 229.

Autorizacion del juez del domicilio. No se requiere, como para el tutor en el citado artículo 229, la intervencion del consejo de familia, porque no lo hay en vida del padre ó de la madre fuera del caso del artículo 168, y porque la tal intervencion seria injuriosa á los padres:

¿qué pariente puede tener la ternura é interes que ellos por la persona y bienes de sus hijos? Por esto sin duda los Códigos Napolitano y Sardo, á pesar de admitir la tutela del padre y de la madre, se contentan simplemente con el decreto, ó aprobacion judicial.

Aunque nada se dispone sobre la duracion de los arriendos hechos por el padre, debe regir para con él lo dispuesto para el tutor en el artículo 237. No seria prudente darle una facultad ilimitada sobre esto; ni puede dársele menos que al tutor.

Lo dispuesto sobre el arriendo para el usufructuario en el artículo 443, no hace al caso para el padre que, usufructuario ó no, tiene la administracion legal de los bienes: en suma, él podrá arrendar como marido que es tambien usufructuario de la dote: vé el artículo 1289.

ARTICULO 159.

En todos los casos en que el padre tenga un interes opuesto al de sus hijos menores, serán estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que se les nombrará judicialmente para cada uno de los casos.

Es el 365 Holandes, y se funda en la misma necesidad que el número 1 del artículo 188: vé lo allí espuesto. Poco importa que se llame procurador, ó *curador ad litem*, si ha de obrarse en juicio, ó bien curador *ad hoc*, si es para un negocio especial fuera de juicio: el fundamento, es decir, la necesidad es igual en ambos casos, y el nombrado hará las veces que el protutor en la tutela.

Se nombrará: por el juez del domicilio, no por el padre interesado, ni por el mismo menor.

CAPITULO III.

De los modos de acabarse la patria potestad.

ARTICULO 160.

La patria potestad se acaba:

1.° *Por la muerte del padre ó la del hijo.*
2.° *Por la emancipacion.*
3.° *Por la adopcion.*
4.° *Por la mayor edad del hijo.*

El artículo 372 Frances solo dice que el hijo está bajo la patria potestad hasta la mayor edad y emancipacion; lo mismo el 234 de la Luisiana; el 354 Holandes *hasta su mayoria*; el 211 Sardo hasta su eman-

cipacion; el 257 añade la muerte, la condenacion judicial que envuelva la pérdida de este derecho, y la ausencia del padre; el 288 Napolitano, hasta los 25 años cumplidos, ó hasta que se case, ó tenga casa, ó menage aparte. Ninguno de estos Códigos trata de propósito sobre los casos y modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad: están, pues, diminutos, asi como el Bávaro y Prusiano, aunque tratan de los modos de acabarse: el artículo se halla conforme con el Derecho Romano y Patrio salvo en lo de la mayor edad: vé el artículo 276.

Número 1. *Por la muerte*: natural, puesto que ni en este Código, ni en el penal, se halla reconocida la muerte civil á pesar de estarlo en el Frances y en otros modernos. Por la servidumbre de la pena y la deportacion se acababa entre los Romanos la patria potestad, como que constituian la muerte civil, párrafos 1 y 3, título 12, libro 1, Instituciones: lo mismo por la ley 2, título 18, Partida 4; pero la 4 de Toro, hoy recopilada 3, título 18, libro 10, la dejó sin efecto en su parte principal, y desde entonces la muerte civil vino á quedar en una palabra vana.

Números 2 y 4. *Por la emancipacion y mayor edad*: vé los capítulos 1 y 2, título 9: en cuanto á la emancipacion conforme el párrafo 6, título 12, libro 1, Instituciones, y ley 10, título 16, Partida 4.

Número 3. *Por la adopcion*: el adoptado pasa á la patria potestad del adoptante, artículo 170, de consiguiente se acaba la del padre natural; párrafo 8 del título y libro citados, ley 10, título 16, Partida 4.

ARTICULO 161.

El padre perdera la patria potestad.

1.° *Cuando sea condenado á una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad.*

2.° *Cuando declarado el divorcio tenga lugar la pérdida de la patria potestad, con arreglo al artículo* 85.

Número 1: vé el artículo 41 del Código penal: el 237 Sardo dispone espresamente lo mismo, y no puede menos de ser asi en todos los paises cuyos códigos penales sancionen esta pena, aunque no se esprese en los códigos civiles.

Número 2. El mismo artículo 85 aquí citado; se refiere al 76; es decir, que el cónyuge culpable del divorcio por adulterio, malos tratamientos de obra, ó injurias graves, pierde la patria potestad en vida del cónyuge inocente, pero la recobra á su muerte; el culpado por las causas de las números 3, 4 y 5, la pierde para siempre.

ARTICULO 162.

Los tribunales podrán tambien privar al padre de la patria potestad, ó modificar su ejercicio si tratare á sus hijos con escesiva dureza ó si, siendo viudo, les diere preceptos, consejos ó ejemplos corruptores.

Los artículos 77 y 78 Austriacos, dicen: «En caso de abuso de la patria potestad, tocará á los tribunales decidir :» los 90 y 91 Prusianos, título 2, parte 1: «Si los padres tratan á sus hijos con dureza, se puede, segun las circunstancias, privarlos del derecho de educacion:» el 7 Bávaro, número 2, capítulo 5, libro 1: «La patria potestad se acaba por abuso de poder de parte del padre:» el 571 de la Luisiana: «El menor puede ser emancipado contra la voluntad de sus padres, cuando le castigan inmoderadamente, le niegan alimentos, ó le dan ejemplos corruptores.»

Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare; ley 5, título 12, libro 3 del Digesto: «Quando el padre castiga el fijo muy cruelmente sin aquella piedad que el deve aver segun natura;» leyes 2, Partida 5, y 18, título 18, Partida 4.

Por lo que hace á preceptos ó ejemplos corruptores, la ley 12, título 4' libro 1 del Código, dice; *si lenones patres suis filiabus peccandi necessitatem imposuerint, liceat filiabus, et episcoporum implorato auxilio, omni miseriarum necessitate absolvi*: la 6, título 40, libro 11, repite lo mismo, permitiendo á las hijas *judicum etiam defensorumque implorare suffragium*, y estableciendo contra los padres otras penas á mas de la pérdida de la patria potestad.

Las mismas leyes de Partidas citadas; «ó le aconsejare ó diesse carrera para ser malo.»—«Si el padre fiziesse tan grand maldad que diesse carreras á sus fijas de ser malas mugeres de sus cuerpos.

Por la ley 2, título 52, libro 8 del Código, y la Novela 153, capítulo 1, perdia tambien la patria potestad el padre que esponia ó abandonaba á un hijo en la infancia: esta disposicion fué copiada en la ley 4, título 20, Partida 4: pero vale mas respetar, que castigar al padre reducido á esta tristísima situacion.

Los tribunales podrán. El padre, segun el artículo 147, puede corregir y castigar moderadamente al hijo; segun el 69 y 147, debe criarlos y educarlos. El abuso grave del padre en el ejercicio de esta facultad ó cumplimiento de esta obligacion, puede ser causa de gran peligro en el órden físico ó moral para el hijo menor: los tribunales deben protejerle y proveer segun las circunstancias á su prudente arbitrio, quitando ó modificando los derechos de patria potestad. En una palabra, esto será materia de un procedimiento criminal, y la disposicion de

Haciendo gozar á la madre de los derechos concedidos al padre, el legislador establece un derecho igual y una igual indemnizacion; donde la naturaleza habia establecido una igualdad de molestias, cuidados y afecciones; repara con esta equitativa disposicion la injusticia de muchos siglos; hace en cierto modo entrar á la madre por primera vez en la familia, y la restablece en los derechos imprescriptibles que tenia por la naturaleza, derechos sagrados, despreciados con demasia por las legislaciones antiguas, reconocidos y acogidos por algunas de nuestras costumbres (fueros), pero que, aun borrados de nuestros Códigos, deberian haberse encontrado escritos con caractéres indelebles en el corazon de todos los hijos bien nacidos.

¿Tienen las madres menos cariño y ternura que los padres por sus hijos? Y este sentimiento esquisito de ternura maternal ¿no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos?

¿Cómo es que á la muger soltera ó viuda de mayor edad se le permite la libre administracion de sus bienes? Las mugeres son por lo comun mas económicas; la ley 3, título 11, Partida 4, siguiendo á la 16, título 3, libro 5 del Código, llega á decir que *son naturalmente avariciosas é cobdiciosas*; y en efecto la esperiencia hace ver que es mayor el número de familias arruinadas por los vicios y prodigalidad de los padres que por los de las madres.

La madre viuda es acreedora por lo menos á los derechos y consideracion que el padre binubo: la ley, que establece desigualdad en esto, la rebaja á los ojos de sus hijos, y ofende la piedad filial que la misma ley Romana 4, título 10, libro 27 del Digesto, no pudo menos de reconocer que se la debia igualmente que al padre.

Por último; esta disposicion era un contra sentido manifiesto en un pais que llamaba á las hembras á la plenitud de la soberania, y contaba entre sus reinas á doña Berénguela, doña María de Molina y á la inmortal doña Isabel la Católica.

Sucede, etc. En todos los casos de los artículos 160, 161 y 163, porque en todos ellos se acaba, pierde ó suspende tambien la autoridad marital: en los del artículo 163 el tribunal proveerá lo conveniente, cuando segun su justificado arbitrio se limite á modificar la patria potestad.

ARTICULO 165.

El padre podrá nombrar á la madre en su testamento uno ó mas consultores, cuyo dictámen haya de oir esta para todos los actos que el padre determine.

No gozará de esta facultad el padre que, al tiempo de morir, no

las Partidas, tenia establecido en la ley 8, título 1, libro 3; *patre mortuo, utriusque sexus conjuntio in matris potestate consistat.. quia non minorem curam*, dice la ley 1, *título 3, libro 4*, *erga filiorum utilitatem matres constat frecuenter impendere.*

La mencionada ley 8, que muerto el padre exigia el consentimiento materno para el matrimonio de los hijos, ó como dice la version castellana, «la madre pueda casar los fiios é las fiias,» fué confirmada y regulada por las 9 y 18, título 2, libro 10 Novísima Recopilacion, resultando la anomalía de reconocer á la madre uno de los derechos mas importantes de la patria potestad, negándoles todos los otros.

Cierto es, que segun la ley 15, título 2, libro 4 del Fuero mencionado, no tiene la madre el usufructo de los bienes adventicios, y es, como no puede menos de ser, inferior su posicion á la del padre en el caso de repetir matrimonio; pero en cambio, la siguiente ley 14 concede á la madre viuda en los bienes de los hijos mayores ó menores de edad un derecho no reconocido al padre, y que puede mirarse como el bosquejo del usufructo foral de las viudas; asi como la ley 16 del mismo título es, á no dudar, el primer vestigio legal de la sociedad conyugal de gananciales.

En la época de la reconquista ó restauracion acostumbraron los Reyes, y aun los Maestres y grandes señores dar fueros particulares á las comarcas y pueblos reconquistados; y no puede dudarse que estos fueros eran el espejo y retrato fiel del espíritu y costumbres de aquellos tiempos.

Pues bien; el fuero de Plasencia, dado por Don Alonso VIII, y el de Cuenca, reconocen á la madre la patria potestad en toda su plenitud: «Los fijos sean en poder de los padres é de las madres fasta que sean casados é señores de sus casas. E fasta aquel tiempo cualquier cosa que los fijos ganaren sea de los parientes, é aun quanto fallaren, non hayan voluntad de retener ninguna cosa para ellos sin voluntad del padre ó de la madre. E el padre é la madre respondan de las malas fechas que sus fijos fizieren, si quier buenos, si quier malos.» (Fuero de Cuenca; no se cita el capítulo porque no los tiene el manuscrito de la Biblioteca nacional; pero en el de Plasencia es la ley 1, título de las ganancias de los fijos é de las fijas.)=«Mandamos que padre ó madre non puedan desafijar sus fijos sanos ó locos fasta que les den casamiento é entanamientre los parientes ayan de responder por el damno que fizieren.»=«El fijo que remaniere despues de la muerte del parient finque en poder del parient vivo.»

Resulta de este breve resúmen, que los pueblos de orígen Germánico y su legislacion, ó nuestros fueros, han sido mas justos y galantes con el bello sexo, que los romanos y las *romanizadas* Partidas.

Haciendo gozar á la madre de los derechos concedidos al padre, el legislador establece un derecho igual y una igual indemnizacion, donde la naturaleza habia establecido una igualdad de molestias, cuidados y afecciones; repara con esta equitativa disposicion la injusticia de muchos siglos; hace en cierto modo entrar á la madre por primera vez en la familia, y la restablece en los derechos imprescriptibles que tenia por la naturaleza, derechos sagrados, despreciados con demasía por las legislaciones antiguas, reconocidos y acogidos por algunas de nuestras costumbres (fueros), pero que, aun borrados de nuestros Códigos, deberian haberse encontrado escritos con caractéres indelebles en el corazon de todos los hijos bien nacidos.

¿Tienen las madres menos cariño y ternura que los padres por sus hijos? Y este sentimiento esquisito de ternura maternal ¿no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos?

¿Cómo es que á la muger soltera ó viuda de mayor edad se le permite la libre administracion de sus bienes? Las mugeres son por lo comun mas económicas; la ley 3, título 11, Partida 4, siguiendo á la 16, título 3, libro 5 del Código, llega á decir que *son naturalmente avariciosas é cobdiciosas*; y en efecto la esperiencia hace ver que es mayor el número de familias arruinadas por los vicios y prodigalidad de los padres que por los de las madres.

La madre viuda es acreedora por lo menos á los derechos y consideracion que el padre binubo: la ley, que establece desigualdad en esto, la rebaja á los ojos de sus hijos, y ofende la piedad filial que la misma ley Romana 4, título 10, libro 27 del Digesto, no pudo menos de reconocer que se la debia igualmente que al padre.

Por último; esta disposicion era un contra sentido manifiesto en un pais que llamaba á las hembras á la plenitud de la soberanía, y contaba entre sus reinas á doña Berénguela, doña María de Molina y á la inmortal doña Isabel la Católica.

Sucede, etc. En todos los casos de los artículos 160, 161 y 163, porque en todos ellos se acaba, pierde ó suspende tambien la autoridad marital: en los del artículo 163 el tribunal proveerá lo conveniente, cuando segun su justificado arbitrio se limite á modificar la patria potestad.

ARTICULO 165.

El padre podrá nombrar á la madre en su testamento uno ó mas consultores, cuyo dictámen haya de oir esta para todos los actos que el padre determine.

No gozará de esta facultad el padre que, al tiempo de morir, no

se hallare en el egercicio de la patria potestad, salvo si fuere por causa de locura ó ausencia; ni valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior á la pérdida ó suspension de la patria potestad.

Su primer párrafo es el 391 Frances, 246 Sardo, 401 Holandes con una lijera adicion: el 313 Napolitano autoriza al padre para nombrar á la madre un co-tutor, aun estraño. El Código de Vaud, á pesar de haber concedido á la madre viuda en el artículo 204 el usufructo de los bienes de sus hijos, en el 214 y siguientes reconoce al padre el derecho de nombrar, ó no, á la madre por tutora; y siempre que esta lo sea, le ha de nombrar el juez de paz un consultor, *sin cuyo consentimiento* no podrá hacer ninguna de las cosas mencionadas en los artículos 314, 315, 316 y 317; es decir, nada importante, como por el artículo 311 no lo puede hacer sin igual requisito la soltera mayor de 25 años, y la viuda ó divorciada.

Los Códigos que, como el Romano y Patrio no atribuyeron patria potestad á la madre, no tuvieron necesidad de ocuparse en esto.

En el artículo anterior se han declarado á la madre todos los mismos derechos y obligaciones que tiene el padre: asi no podrá este á pretesto del artículo 177 nombrar tutor á sus hijos, haciéndola pasar por la vergüenza de verse declarada indigna de velar sobre ellos, y por el dolor de verlos confiados á un estraño.

Mas para calmar en ciertos casos las inquietudes del padre, juez competente sobre la capacidad de su muger, se le concede que pueda nombrarle uno, ó mas consultores.

Para todos los actos que el padre determina: Puede el padre determinar actos especiales, puede espresar que sea para todos, y asi se entenderá, cuando no haya espresado ni uno, ni otro. Esta facultad del padre alcanza á todos los actos, ora recaigan sobre las personas, ora sobre los bienes de los hijos, pues los primeros no son menos importantes que los segundos; y el presente artículo es una modificacion del anterior, en que se concede la patria potestad, comprensiva de derechos, sobre las personas y bienes de los hijos, segun los capítulos 1 y 2 de este título: fuera de que, no siendo obligatorio el parecer del consultor, hay utilidad en oirle, y no se lastima ningun derecho.

Haya de oir. No tiene pues la madre necesidad ú obligacion de seguir el dictámen del consultor; en otro caso vendria á quedar privada de parte de sus derechos por un medio indirecto: la ley permite que se ilustre á la madre; pero presume que obrará siempre en el interes de sus hijos.

Vivos y repetidos fueron los debates de la Comision general sobre este punto.

Querian unos conservar al padre la facultad de nombrar tutor á sus

hijos con absoluta esclusion de la madre, fundándose, no solamente en la incapacidad y debilidad exageradas del sexo, sino en suposiciones repugnantes á la naturaleza, y desmentidas las mas veces por la esperiencia: el nombramiento de un consultor, cuyo parecer no era obligatorio para la madre, era insuficiente para tranquilizarlos.

Pero esto equivalia á dar en tierra con el artículo anterior, adoptado ya como base para establecer á la madre en toda su dignidad y derechos naturales: sin embargo, no se atrevian á tanto.

El mismo inconveniente resultaba, dando al dictámen del consultor fuerza obligatoria, y el artículo 391 Frances, conforme con nuestro primer párrafo, no les satisfacia.

Adoptóse por fin, á manera de transacion y como término medio, el del artículo siguiente 166; pero temo que ha de encontrar con graves dificultades en la práctica y que tal vez no llene su objeto: ¿cómo se probará la malicia de la madre en no oir, cuando sin recurrir á ella puede no conformarse con el dictámen del consultor?

De todos modos, si el consultor muere, ó no admite, nadie puede nombrar otro, porque este derecho es privativo del padre, y el nombramiento arguye confianza personalísima.

No gozará, etc.: porque este derecho procede de la patria potestad, y el párrafo supone la pérdida, ó suspension de todos los derechos de ella.

Por causa de locura: vé la escepcion que para igual caso se hace al final del artículo 163, porque no se ha de añadir afliccion al afligido, ni agravar la desgracia del desgraciado: el loco puede testar en sus lúcidos intervalos con toda la libertad y plenitud del hombre sano, artículo 600; con igual ó mayor razon subsiste su testamento anterior á la locura.

O ausencia. Aunque en el artículo 165 no se reserva el usufructo al ausente, es por tratarse de un derecho útil al mismo; y hubo de su parte culpa en ausentarse sin dejar apoderado, al paso que no tiene las molestias y cuidados de la administracion. Pero aquí se trata del ejercicio de un derecho útil á los hijos; así como el ausente podria nombrarles tutor testamentario, si no tuvieran madre, podrá nombrar á esta consultor: escusado es decir, que valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior á la ausencia.

Ni valdrá el nombramiento, etc.: salvo los dos casos de locura, ó ausencia, segun acabo de esponer: en los demas obra la regla, *incidit in eum casum, á quo incipere non poterat*, y en la *testamentifaccion* se atiende generalmente, no solo al tiempo de otorgarse el testamento, sino al de la muerte del testador.

ARTICULO 166.

La madre que maliciosamente dejare de oir el dictámen del consultor ó consultores, podrá ser privada de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos, á instancia de aquellos, ó del consejo de familia.

Vé lo espuesto en el anterior sobre las palabras *haya de oir;* y adviértase que la disposicion de este no alcanza á la madre que *oye*, aunque nunca siga el dictámen del consultor; y por lo mismo he dicho que este término medio ó de transaccion será ineficaz: la madre maliciosa *oirá siempre*; la que deje de *oir* por ignorancia ó negligencia, no está comprendida en el artículo.

ARTICULO 167.

La madre viuda, que diere á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que se le dan en el artículo 164.

Conforme con el 220 de Vaud, que habla de la tutela, y con el nuestro 814 sobre los bienes sujetos á reserva.

Ad secundi conjugii vota festinat, vel adulterium perpetrat, dice de la viuda en un caso igual la ley 1, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo: *non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria, Novela* 18, capítulo 3: «i solo que sea buena muger,» ley 9, título 16, Partida 6: y en verdad *non debet melioris esse conditionis luxuria, quam castitas, quæ est in secundo matrimonio.*

Pero, estando prohibida la investigacion de la paternidad y maternidad segun el artículo 127, el presente 167 ha de entenderse segun el citado 814.

Los motivos de interes privado y decoro público, en que se funda el artículo, son bien obvios: á este caso, idéntico al del citado 814, es exactamente aplicable lo que al fundar el 213 Frances dice el inmortal Portalis: «Todas las naciones, ilustradas en este punto por la esperiencia y por una especie de instinto, han creido de comun acuerdo, que el sexo mas amable debe tambien para dicha de la humanidad ser el mas virtuoso. Las mugeres conocerian poco su verdadero interes, si en esta severidad aparente que se usa con ellas vieran tan solo un rigor tiránico, y no una distincion útil y honrosa::: no es en nuestra injusticia, sino en su vocacion natural, donde las mugeres deben buscar el principio de los deberes mas austeros que les han sido impuestos para mayor ventaja de ellas mismas y en provecho de la sociedad:» (Discurso 15).

ARTICULO 168.

La que contragere segundas nupcias, conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administracion de los bienes; á no ser que el consejo de familia se la defiera.

Si se la defiere, el marido responderá mancomunadamente con la muger de las resultas de la administracion posterior al matrimonio.

Si no se la defiere, el mismo consejo nombrará administrador con todas las obligaciones que tiene el tutor respecto de los bienes del menor.

Segun el 386 Frances, la madre que repite matrimonio, pierde e usufructo de los bienes adventicios de sus hijos: le siguen el 300 Napolitano, 235 Sardo, 372, párrafo 1, Holandes, y 206 de Vaud.

Segun el 395 Frances, la madre viuda, que quiere repetir matrimonio, debe antes convocar el consejo de familia para que decida si ha de conservársele la tutela; no convocándolo la pierde de pleno derecho, y el nuevo marido es responsable de las resultas de la tutela indebidamente conservada por la madre. Siguen al Frances el 397 Napolitano, 272 de la Luisiana y 253 Sardo, el cual añade que, aunque la madre pierda de pleno derecho la tutela en el caso de no convocar el consejo de familia, podrá este reponerla en ella: yo tengo por muy racional esta adicion, y *en este sentido debe entenderse nuestro artículo*: el 405 Holandes dice lo mismo sin mas diferencia que atribuir al Juez la facultad del consejo de familia: los 219 y 220 de Vaud dicen simplemente que la madre pierde de pleno derecho la tutela por casarse, ó dar á luz un hijo ilegítimo.

Segun el 396 Frances, si el consejo conserva á la madre en la tutela, ha de darle necesariamente por co-tutor á su segundo marido, el cual será sólidamente responsable con su muger de la gestion ulterior; le siguen el 318 Napolitano, 254 Sardo, 273 de la Luisiana, y 406 Holandes.

El Derecho Romano y Patrio, que no reconocieron patria potestad en la madre, y sí solo su tutela legítima, se limitaron necesariamente á esta sola en el caso de segundo matrimonio; *Contractis secundis nuptiis, expelli eam (matrem) á tutela convenit, Authentica Sacramentum* á la ley 2, título 33, libro 5 del Código: segun la opinion mas fundada, procedia esto mismo aun cuando el padre le deferia la tutela en testamento, previniendo que continuase en ella á pesar de repetir matrimonio.

Esta manifestacion del padre no se creyó bastante para desvanece

la siniestra presuncion de que la madre binuba sacrifica mas de una vez al segundo marido los intereses y hasta las vidas de sus primeros hijos; *plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt*, ley 22, título 57, libro 5 del Código; y nadie, segun la 55, libro 50 del Digesto, puede impedir en su testamento la observancia de las leyes.

La ley 5, título 16, Partida 6, copió la disposicion Romana, aunque lo estaba ya en las leyes 8, título 1, libro 5, 14, título 2, y en la 3, título 4, libro 4 del Fuero Juzgo.

Como ni el Derecho Romano, ni el Patrio reconocian á la madre el usufructo de los bienes adventicios, no podia perderlo por el segundo matrimonio, pero perdia la tutela.

Todos los Códigos antiguos y modernos han conservado al padre binubo la integridad de sus derechos en las personas y bienes de sus hijos: una sola escepcion encuentro en la ley 1, título 10, libro 3 de la Novísima Recopilacion Navarra. «El padre por casarse segunda vez pierde la tutela y administracion de las personas y bienes de las criaturas del primer matrimonio.»

Todas las razones, mas ó menos especiosas, que se han alegado á favor del padre, se estrellan ante la triste y constante esperiencia de que *las madrastras son mas funestas á los hijos del primer matrimonio que los padrastros*.

Asi en la antigua legislacion habria yo preferido la Navarra á la Castellana; y en la moderna estaria por la absoluta igualdad entre el padre y madre binubos: *el segundo matrimonio es por muchas razones mas escusable en la muger débil, que en el hombre fuerte*.

Nuestro artículo 168 tiene esta tendencia, y contra lo establecido en los Códigos modernos se muestra mas liberal con la madre binuba, conservándole todos los mismos derechos que al padre, menos la administracion de los bienes, si no le es deferida por el consejo de familia.

Las madres suelen formar la primera educacion de sus hijos, y viven siempre con ellos en mayor contacto que el padre: *¿por qué, pues, se ha de negar á la madre lo que realmente tiene una madrastra á la sombra y con el nombre del padre binubo?*

Y ¿por qué siendo mas escusable el segundo matrimonio de las madres, se las ha de penar, y dificultar que lo encuentren, privándolas del usufructo? Este llevará siempre aneja la carga de educacion y alimentos segun el artículo 68.

La administracion de los bienes, sobre ser un cargo mas propio de ombres, podria, bajo otros aspectos, ocasionar perjuicios á los hijos menores: no la tendrá, pues, si el consejo de familia, atendidas todas

las circunstancias, no se la defiere: el testimonio ó prueba de confianza de los parientes paternos debe tenerse por bastante garantía.

Todos los derechos:: *menos la administracion.* Obsérvese que no se usa en nuestro artículo la palabra *tutela* como en el 395 Frances y demas estranjeros arriba citados: nosotros no reconocemos como ellos la tutela del padre y de la madre por los motivos espuestos al frente del capítulo 2, título 8, *de la tutela*, párrafo *Los Códigos modernos, etc.*

Se la defiera: y podrá deferirla simplemente, ó imponiendo condiciones en el interes de los hijos.

Si se la defiere: vé el artículo 1787, número 5, el 1843, párrafo 2, y 1819, párrafo 2, que tienen aplicacion á este caso.

Mancomunadamente: así tendrán lugar contra él solo todas las disposiciones del párrafo 3, seccion 6, capítulo 4, título 4, libro 3, sobre deudores mancomunados en lo adverso y favorable. La mancomunidad del marido comprenderá tambien la administracion de la muger despues del segundo matrimonio, sin haberle sido deferida por el consejo, puesto que la ignorancia del derecho no escusa, artículo 2, y el marido debió saber que su muger no podia continuar en la administracion sin este requisito.

Con todas las obligaciones, etc. Son las contenidas en el capítulo 9, del siguiente título 8, en lo relativo únicamente á la administracion de los bienes: las personas de los hijos con todo lo concerniente á ellas por efecto de la patria potestad continuarán á cargo de la madre.

ARTICULO 169.

La madre que volviere á enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraido segundas nupcias, salvo lo dispuesto en el artículo 802.

La opinion comun entre los intérpretes del Derecho Romano era que la madre, nuevamente viuda, no recobraba la tutela: faltaba en él, como en nuestro Derecho Patrio, y falta hoy en los Códigos modernos, una disposicion especial sobre un caso harto frecuente: nuestro artículo llena este vacío, y previene dudas, decidiéndolas á favor de la madre. Con la muerte del segundo marido desaparece la causa que interrumpió la administracion de la madre; y es muy natural que lo relativo á las cosas y personas de los hijos vuelva á reunirse en la misma mano, puesto que no se descubre interes de ellos en lo contrario.

El caso del artículo 802 es bien diferente: en él se atraviesa interes de los hijos, pues adquirieron ya un derecho importante, del que no deben ser privados por un evento posterior, independiente de su voluntad y de la de su madre.

CAPITULO IV.

Disposicion comun á los artículos anteriores.

ARTICULO 170.

Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre ó madre que los reconoce ó adopta; pero no tendrán estos el usufructo de sus bienes.

Tampoco tendrán su administracion, si previamente no aseguran sus resultas con hipoteca á satisfaccion del juez del domicilio del hijo reconocido, ó de las personas que deben concurrir á la adopcion, segun se dispone en el artícnlo 158.

No me ocuparé de los hijos adoptivos: respecto de ellos nuestro artículo ha de ser de corta utilidad, pues como tengo observado al frente del título 5, los casos de adopcion segun nuestras actuales costumbres han de ser rarísimos. En el artículo 349 Frances se consigna la obligacion recíproca de alimentos entre el adoptante y adoptado; le siguen el 273 Napolitano y 198 Sardo: el 289 Napolitano comprende espresamente bajo la patria potestad á los hijos adoptivos, y tambien el 184 Austriaco: los otros Códigos modernos callan sobre este punto, y solo enumeran, aunque con grande variedad, los derechos y relaciones entre el adoptante y adoptado.

En el último estado de la legislacion romana el adoptante estraño no adquiria patria potestad: pero sí el ascendiente, párrafo 2, título 11, libro 1, Instituciones, que pasó á las leyes 9 y 10, título 16, Partida 4.

En cuanto á los hijos naturales, no puede menos de estrañarse en el Código Frances la falta de disposicion espresa acerca de este particular; y la mejor prueba de este vacío es el fallo citado por Rogron al artículo 477 en sentido afirmativo, pero fundado en argumentos de induccion, que á mi corto entender deberian probar lo contrario.

El artículo 383 citado en el fallo hace estensivos al padre y madre de los hijos naturales legalmente reconocidos cuatro artículos que tratan de las facultades de los padres legítimos para ciertos y determinados casos.

La consecuencia natural es que, fuera de este escepcion y para todos los demas efectos, no hay patria potestad sobre los hijos naturales.

Tambien podia el tribunal haber citado el artículo 158; pero yo daria sobre este la misma respuesta que sobre el 383. Una disposicion general, como la de nuestro artículo, habria ahorrado á los legisladores los 158 y 383, y á los tribunales pleitos y conflictos.

Como quiera, el artículo 384 Frances, al conceder el usufructo, supone matrimonio: lo niega pues indirecta, pero necesariamente, á los padres naturales: le copian el 298 Napolitano, 204 de Vaud, 374 Holandes y el 224 Sardo; así como siguen al 158 Frances, el 172 Napolitano, y el 97 y 104 Holandeses, con disposiciones análogas; y al 383 Frances, el 223 Sardo, 310 Napolitano y el 361 Holandes.

El 234 de la Luisiana niega la patria potestad sobre los ilegítimos legalmente reconocidos, y el 644 Prusiano, título 2, parte 1 la niega, sobre los naturales no legitimados.

El 374 Holandes viene á reconocerla, pues dice, como por escepcion, que el usufructo no tendrá lugar en favor del padre y madre de los hijos naturales legalmente reconocidos.

Sabido es que por Derecho Romano y Patrio no habia patria potestad sobre los hijos naturales, ley 2, título 17, Partida 4.

Sin embargo. por uno y otro Derecho podia el padre dar tutor al hijo natural en ciertos casos, y con ciertas condiciones; leyes 4, título 29, libro 5 del Código, 7, título 3, libro 26 del Digesto, y 8, título 16, Partida 6.

Esta facultad tenia por causa y objeto la utilidad de los hijos naturales, no la de sus padres, como lo demuestran las palabras de la citada ley 7 del Código, *naturalibus liberis providentes*, *etc.*

La tendencia de nuestro artículo, á pesar de la grande innovacion que hace atendidas aquellas dos legislaciones, viene á ser la misma, pues quita á la patria potestad lo que tiene de útil para el padre, á saber, el usufructo, y conserva todo lo demas que es de direccion y proteccion para el hijo natural.

Tiene ademas nuestro artículo la ventaja de fijar con claridad lo que en el Código Frances y demas que le siguen se ha presentado como dudoso, y únicamente por inducciones, mas ó menos fundadas, ha sido fallado en el sentido de nuestro artículo.

No tendrán el usufructo: para que la adopcion y reconocimiento no sean el producto de cálculos sordidos é interesados.

Tampoco la administracion, etc: el padre natural ó adoptivo no puede ser de mejor condicion que el legitimo; y á este se impone la misma obligacion en el último párrafo del artículo 156.

TITULO VIII.

DE LA TUTELA.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

El Derecho Romano reconoció tutores para los que no habian llegado á la edad de la pubertad, es decir, para los varones huérfanos menores de 14 años, y para las hembras menores de 12: desde esta edad hasta la de 25 años cumplidos, en que principiaba la mayor edad, se les daban curadores, párrafo 3, título 13, y testo del título 23, libro 1, Instituciones.

Esta doctrina pasó á las leyes 1 y 13, título 16, Partida 6, y ha sido constantemente observada.

Pero los Fueros Juzgo y Real reconocieron únicamente la tutela, no curaduría, para las personas de menor edad, y esta duraba hasta los 20 años, leyes 13, título 1, y 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, y las 1 y 2, título 7, libro 3 del Fuero Real.

De los Códigos modernos solo el de la Luisiana, artículo 263, adopta la distincion Romana de tutores y curadores dentro de la menor edad; los demas únicamente admiten tutores como nuestros mencionados Fueros que son, y sobre todo el Juzgo, verdaderamente nacionales.

La distincion Romana y de Partidas á mas de no fundarse en razon alguna, ocasionaba confusion y dudas sobre si los puberos podian ó no ser obligados á recibir curador, sobre la validez ó nulidad de sus actos en uno ú otro caso, sobre ser necesaria en unos la restitucion por reputarse válidos, y en otros no, por reputarse nulos. «*Licet puberes sint, ad huc tamen ejus aetatis sunt ut sua negotia tueri non possint:*» dice el testo del título 23, libro 1, Instituciones; ¿por qué, pues, no se les habia de dar tutores, cuando segun el párrafo 1, título 13, se dan *ad tuendum eum, qui per aetatem se ipse defendere nequit?*»

El acortamiento de la menor edad por los citados Fueros y Códigos es otro motivo para recomendar su desvio del Derecho Romano, que tambien fué adoptado por los Germanos y otros pueblos de orígen Germánico. Téngase presente lo dispuesto en los artículos 84, 85 y 382.

ARTICULO 171.

La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado, ni sujeto á la patria potestad.

Viene á ser la misma definicion de la ley 1, título 16, Partida 6: «Guarda que es dada al huérfano libre menor de 14 años, é á la huérfana menor de doce años,» y la del párrafo 1, título 13, libro 1, Instituciones.

«*Appeltantur tutores, quasi tuitores, atque defensores*» del verbo latino, *tueor*, que significa defender.

La tutela, segun el párrafo 6, título 20, libro 1, Instituciones, *juri naturali conveniens est*; puede decirse que es de derecho de gentes considerada en abstracto, aunque en su forma y especie sea de derecho civil positivo. Toda sociedad está obligada á proveer de defensa al sér desgraciado que por su orfandad y tierna edad no puede él mismo defenderse. Esta obligacion ha sido reconocida siempre y por todos los pueblos: *ad curam publicam pertinet*, segun el emperador Severo, ley 2, párrafo 2, título 6, libro 26 del Digesto; el Código Prusiano la proclama al frente del título *de tutela*, 18, parte 2, añadiendo que el estado para delegar este poder y llenar esta obligacion nombra tutores y curadores: en el 131, «Los tutores son mandatarios del estado para administrar la persona y bienes de un menor»: igual era el espíritu de la ley 20, título 23, Partida 5,» «Maguer el Rey es tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo deve fazer á estos» (los huérfanos), y las leyes 5, título 3, 41, título 18, y 20, título 23 de la misma Partida, los pusieron bajo la inmediata y especial proteccion del Rey, «porque son mas desamparados que los otros».

Menor; de 20 años, artículo 142.

Entre los Romanos las mugeres estuvieron hasta cierta época en tutela perpétua; y algunos Códigos modernos les ponen siempre ciertas restricciones para obligarse.

Ni sujeto á la patria potestad. «*Patrem habenti tutor non datur,*» era máxima del Derecho Romano y Patrio, y nosotros la adoptamos en todo su rigor sin reconocer con los Códigos modernos la tutela del padre y de la madre, que en realidad no es sino una parte de la patria potestad, mucho mas noble y elevada que la tutela.

ARTICULO 172.

La tutela se ejercerá por el tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, en los casos y en la forma que determinan las leyes.

Se anuncia desde luego lo que especial y detenidamente se desenvuelve en los capítulos 5 y 6 sobre el *protutor* y *el consejo de familia*.

Estas dos innovaciones han pasado del Código Frances al Napolitano y Sardo: este último llama *protutor* al que los dos primeros llaman *tutor subrogado*: tambien le llama así el Código Holandes, artículo 422, aunque no admite el consejo de familia.

La Seccion del Código civil adoptó estas innovaciones en su sesion del 6 de diciembre de 1843 y las propuso á la Comision general que las aprobó en la sesion de 9 de enero de 1844.

El protutor hace innecesario el nombramiento del curador especial que por Derecho Romano y Patrio se daba al menor siempre que sus intereses estaban en oposicion con los del tutor.

Pero sus atribuciones y obligaciones van mucho mas lejos, como se espresa en el artículo 188: es un vigilante y centinela del menor contra el tutor infiel ó negligente, y da el grito de alarma al consejo de familia para prevenir el daño en el momento mismo que amenaza.

El Consejo de familia ha pasado por pensamiento nuevo y original de los legisladores Franceses, mereciendo grandes elogios de los mas célebres Jurisconsultos y publicistas, entre otros, del célebre Brougham, nuestro contemporáneo en el Parlamento Ingles.

Sin embargo, aunque se me tache de maniático por nuestras antiguas leyes, puramente Españolas y sin la mezcla ó liga de Romanismo, yo creo entrever en ellas algunos rasgos informes, si se quiere, y groseros del consejo de familias.

La ley 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, da la tutela en primer lugar á la madre viuda, mientras permanezca tal; en segundo á los hermanos del huérfano, si fueren de edad perfecta, es decir, de veinte años; en tercero al tio, hermano del padre difunto, ó á su hijo: faltando estos dispone, que los parientes del huérfano elijan tutor, *tunc tutor ab aliis parentibus in præsentia judicis eligatur.*

La ley 3, título 7, libro 3 del Fuero Real, ordena que la madre viuda y tutora de sus hijos haga el inventario de los bienes de estos *ante los parientes mas propincuos del* (padre) *muerto*, y si pasare á segundas bodas, *el alcalde con los parientes mas propincuos del muerto den á ellos* (los huérfanos), *é á sus bienes quien los tenga en guarda.*

Se vé, pues, que por los dos Códigos mencionados correspondia á los parientes el acto mas importante que el Frances atribuye al consejo de familia, á saber, el nombramiento de tutor; y correspondia tambien la intervencion en otro acto de no menor importancia, cual es la formacion de inventario.

Estos rasgos, aunque toscos é imperfectos, encierran y descubren

un gran pensamiento, que al mismo tiempo de ser beneficioso al menor, guarda armonía con las afecciones de la naturaleza y hasta con los cálculos del interés personal.

El huerfano gana, porque en vez de hallarse entregado esclusivamente á un tutor, que con el tiempo (ya que no abuse de su encargo, puede adolecer de negligencia), está rodeado de un consejo de sus mas próximos parientes que vigilan al tutor, y cuyo concurso será necesario en los actos mas importantes de la tutela: de modo que se prevendrán los perjuicios del huérfano, cuando en el sistema actual, solo le queda el triste y tardío recurso de pedir su separacion, llegado el tiempo de la mayoría.

La sencilla razon dicta que mirarán mas por la persona y bienes del menor los que le tocan mas de cerca por los vínculos de la sangre; y á lo piadoso y moral de esta presuncion se agrega respecto de los bienes el interés que deben tener por su conservacion y fomento los que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos.

Es moral este pensamiento, porque lo es cuanto sigue el órden de los afectos ó sentimientos de la naturaleza y procura su desarrollo: es ademas político y social, porque conserva y aviva el espíritu de familia, alejando en lo posible y razonable la intervencion judicial.

Como quiera, no podemos ocultarnos que vamos á hacer un grande ensayo; *¿cuáles serán sus resultados?*

Puede casi asegurarse que serán desde luego felices en las provincias de *Fueros*, cuya legislacion ha creado y conserva mas vivo el espíritu de familia: en las otras provincias serán mas lentos y tardíos, pero al fin se creará ese mismo espíritu, *porque las buenas leyes acaban siempre por crear buenas costumbres.*

Ni fué desconocida en Derecho Romano la conveniencia y utilidad de contar con los parientes del menor en ocasiones dadas. Con ellos se contaba para que la viuda menor de 25 años pudiese repetir matrimonio, ley 18, título 4, libro 5 del Código, para variar el lugar ó persona señalada por el padre para la educacion del pupilo, *prœsentibus cœteris propinquiis liberorum*, ley 1, párrafo 1, título 2, libro 27 del Digesto. *Evocandi sunt ad Prœtorem tutores pupilli ut defendant: si autem non habet tutores, requirendi cognati vel adfines, et si qui alii forte sunt, quos verosimile est defensionem pupilli, pupillœ, non omissuros, vel propter necesitudinem, vel propter caritatem, vel qua alia ratione*, ley 5, párrafo 1, título 4, libro 42 del Digesto.

ARTICULO 173.

La tutela es un cargo personal de que nadie puede escusarse, á no

asistirle alguna causa legítima, y que tampoco puede ejercerse conjuntamente por mas de una persona.

417, 419 y 427 Franceses: todos los Códigos se hallan conformes en el tenor de este artículo, incluso el Romano y Patrio, salvo que por este los tutores legítimos eran libres en admitir, ó no, la tutela sin necesidad de justa escusa, ley 2, título 16, Partida 6.

Aunque la tutela tiene por objeto la utilidad del huérfano, era y es *munus publicum*, carga ó cargo público, porque la ley lo hace forzoso é indeclinable á menos de justa escusa: *munus propie est, quod necessarie obimus*, ley 214 *de verborum significatione*: y siendo cargo público, están escluidas de ella las mugeres, número 1 del artículo 202. Es tambien personal, y por lo tanto se acaba con la muerte del tutor, artículo 254.

Tampoco puede ejercerse, etc.: vé el artículo 180. «*Apparet igitur prætori curæ fuisse ne tutela per plures administretur: quippe et si pater non destinaverit quis gerere debeat, attamen id agit, ut per unum administretur; sane enim facilius unus tutor et actiones excercet et excipit: ne per multos tutela spargatur*,» ley 5, párrafo 6, título 7, libro 26 del Digesto: sin embargo, en los párrafos 8 y 9, permite á los tutores (si lo quieren) dividir entre sí la administracion de la tutela ó administrar juntos. La razon de esto último era que, aun los que no administraban, quedaban subsidiariamente responsables de las consecuencias del único que administraba; pero en este Código no tienen responsabilidad alguna, y por lo tanto nunca podrá ejercerse la tutela conjuntamente por dos ó mas personas: la ley 11, título 16, Partida 6, venia á disponer lo que la Romana y el párrafo 1, título 24, libro 1, Instituciones.

Y aunque el huérfano tenga bienes en paises lejanos, todos correrán á cargo y bajo la responsabilidad del único tutor que ejerza, para lo que será libre en nombrar administradores ó apoderados: por este medio habrá mas unidad, rapidez y sencillez en la administracion, y el huérfano gana en habérselas con uno solo.

En esto nos separamos del artículo 417 Frances, que confia á un protutor independiente la administracion especial de los bienes que tenga el huérfano en las colonias ó al revés.

Por Derecho Romano se permitia lo mismo con el nombre de tutor, no solo cuando los bienes del huérfano estaban sitos en provincias distintas y lejanas, como Africa, Siria, sino á mas de cien millas, *ultra centesimum lapidem*, del lugar en que se ejercia la tutela, leyes 12 y siguientes, título 2, libro 26, y 10, párrafo 4, y 21, párrafo 2, título 1, libro 27 del Digesto.

ARTICULO 174.

El alcalde del domicilio del huérfano proveerá al cuidado de su persona y bienes hasta que acuerde lo conveniente el consejo de familia en su primera reunion.

Puede pasar algun tiempo hasta la reunion del consejo de familia, y el huérfano y su patrimonio no deben quedar entre tanto desamparados: una vez reunido el consejo, á él tocará proveer en caso de necesidad: vé los artículos 209 y 216.

ARTICULO 175.

Si al deferirse la tutela se encuentra el menor fuera de su domicilio, el alcalde del pueblo en que se hallare hará inventariar y depositar los bienes muebles que el menor tenga en su poder, y oficiará al alcalde del domicilio, remitiéndole un testimonio de estas diligencias.

La misma obligacion tiene siempre que la tutela quede vacante por cualquiera causa, y que el consejo de familia y el protutor no puedan atender á la defensa de los intereses del huérfano.

En todo caso, el alcalde responderá de los daños que vengan al menor por su falta y abandono.

El espíritu y objeto de este artículo son los mismos que los del anterior, á saber: que el huérfano no quede ni momentáneamente en desamparo.

El segundo párrafo habla ya con el alcalde del domicilio: el caso debe ser raro, pero merece ser previsto en beneficio del huérfano.

El tercero habla con uno y otro alcalde; la responsabilidad es una consecuencia de la obligacion que se les impone en los dos artículos y de otro modo serian ilusorios.

ARTICULO 176.

Los parientes del menor están obligados á poner en noticia del alcalde el caso de horfandad, ó la vacante de la tutela; y si fueren negligentes quedarán sujetos á lo dispuesto en el número 9 del artículo 202.

Por Derecho Romano los parientes que no pedian al juez nombrase tutor al huérfano que no le tenia, perdian el derecho ó esperanza que por la ley ó en virtud de sustitucion tuviesen para heredarle: si el huérfano, llegado ya á la pubertad, no los escluia de la herencia, recobra-

ban su derecho por presumirse que les perdonaba el agravio: ley 10, título 58, y 6, título 56, libro 6 del Código: de ellas fué tomada la ley 12, título 16, Partida 6.

Nuestro artículo es mas benigno bajo el aspecto pecuniario, pues no impone á los parientes descuidados la responsabilidad del artículo anterior, y se ciñe á la inhabilidad, de que se trata en el capítulo 7: esta pena parece mas propia contra una falta de delicadeza, y debe ser mas sensible al pariente digno de este nombre.

CAPITULO II.

De la tutela testamentaria.

Todos los códigos, asi como el Derecho Romano y Patrio, han reconocido las tutelas testamentaria y dativa; mas no ha habido igual conformidad respecto de la legítima, pues no se halla admitida en algunos como el de Vaud y el Holandes: tampoco lo estuvo por los Fueros de Aragon. Creyóse sin duda que, faltando en ella la eleccion de persona que hacen en las otras el juez ó testador, no se atendia bastantemente al bienestar del huérfano: la presuncion favorable á los que estan unidos por tan estrechos vínculos de la sangre, como los ascendientes y hermanos, es mas moral y piadosa. Las sospechas y precauciones de las leyes 2, título 49, libro 5 del Código, 5, título 2, libro 27 del Digesto, y 19, título 16, Partida 6, sobre no fiar la persona y educacion del huérfano á aquel de quien pueda sospecharse que atentará á su pudor ó á su vida por heredarle, son incompatibles con el establecimiento del consejo de familia.

Los códigos modernos, á imitacion del Frances, ponen una seccion separada con el epígrafe «De la tutela del padre y de la madre.»

No habemos admitido esta innovacion contraria al Derecho Romano y Patrio. Hay impropiedad en la palabra y en el fondo, pues la tutela tiene precisamente por objeto á los desgraciados huérfanos, y fué siempre una defensa subsidiaria, una como semi-paternidad. Es por otra parte depresiva de la patria potestad, cuyo orígen es mas alto, natural y sagrado y de mayor plenitud en sus efectos, como se vé en los capítulos 1 y 2 del título 7.

ARTICULO 177.

El padre puede nombrar tutor en testamento á sus hijos menores, incluso el desheredado y el póstumo.

El 397 Frances, mas conciso, atribuye esta facultad al padre ó madre

que últimamente muera: no habla de hijos desheredados porque no admite la desheredacion; los póstumos, *quoties de eorum conmodo agitur*, se consideran por todos los Códigos como ya nacidos: leyes 7 y 26, título 5, libro 1 del Digesto, y 3, título 23, Partida 4: siguen al Frances el 319 Napolitano, 273 de la Luisiana: el 214 de Vaud solo reconoce esta facultad en el padre, no en la madre; lo mismo el 245 Sardo, pero con la particularidad que la reconoce tambien al abuelo paterno respecto de sus nietos, de un hijo difunto, sujetos á su potestad, pues lo están por aquel Codigo, segun su artículo 211: si el padre ó abuelo no han nombrado tutor, la madre es tutora legítima, y al morir puede nombrar tutor, quedando sujeto el nombramiento á la confirmacion del consejo de familia, artículo 248.

Por Derecho Romano la facultad de dar tutor era efecto de la patria potestad; «*Pater familias uti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto*, segun el título 18, de las leyes de las 12 Tablas, 120 de *verborum significatione*, y Ulpiano, título 11, número 14; competia, pues, al padre ó al abuelo paterno, segun acabo de decir del Código Sardo: la madre solo podia nombrar tutor como cualquier estraño, instituyendo por heredero al hijo, y aun asi habia de ser confirmado por el Pretor, prévia informacion de utilidad, leyes 4, título 2, y 4, título 3, libro 26 del Digesto.

Toda esta doctrina Romana fué trasladada al título 16, Partida 6, pero desde que por la ley de Toro se declaró emancipado al hijo casado y velado, cesó en el abuelo paterno la facultad mencionada, porque nunca puede tener á los nietos bajo su potestad: vé los artículos 171 y 172.

El padre: aunque él mismo sea menor de edad y no tenga los 18 años, porque su patria potestad es, aun en este caso, plenísima, y se presume justamente que ordenará siempre lo mas útil para sus hijos.

El artículo supone al padre en el goce y ejercicio actual de la patria potestad: si se hallare en los casos del capítulo 3, título 7 de este libro, no podrá nombrar tutor.

¿Puede nombrar tutor un estraño? (y en esta palabra se comprende todo el que no tiene patria potestad.)

Por Derecho Romano y Patrio podia, con tal que instituyera heredero al huérfano, pero era necesaria la confirmacion del juez con mas ó menos precauciones segun la calidad de la persona que lo nombraba.

Yo no puedo concebir el caso de un huérfano sin tutor, y al que una vez lo tiene, no puede darse otro.

Así no reconozco en un estraño sino la facultad de nombrar administrador ó gestor de los bienes que él deja al huérfano; é importará poco que use de la palabra tutor (artículo 219 Sardo).

En testamento. Esto procedia en Derecho Romano de las palabras de la ley de las 12 Tablas *uti legassit*, que de necesidad suponian testamento; y los jurisconsultos Romanos consideraban la tutela *tamquam hæreditatem.*

El Código Frances, artículos 392 y 398, con otros que le siguen, autoriza el nombramiento de tutor ante el juez asistido de su escribano ó ante dos escribanos: pero ha parecido innecesaria esta innovacion por no haberse notado inconvenientes en el derecho y práctica hasta ahora recibidos, y porque á pesar de la dicha autorizacion, lo comun será que en Francia y en todas partes el padre nombre tutor en su testamento, que es el acto solemne por el que fija la suerte de sus hijos.

El desheredado: ley 4 y 10, párrafo 2, título 2, libro 26 del Digesto, *instituto filio, vel exheredato.* Entre los romanos debia ser rarísimo este caso; no dándose tutor sino á los menores de 14 años, ¿cuándo podrian estos dar justa causa de desheredacion? Debiendo ahora durar la tutela hasta los 20 años, puede no ser tan raro el caso: de todos modos el *ejercicio* de este derecho, sobre ser una consecuencia necesaria de la patria potestad, cederá en beneficio del huérfano.

El posthumo. Párrafo 5, título 14, libro 1, Instituciones. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur quia filii vel filiæ appellatione et posthumus, et posthuma continentur*: lo mismo en la ley 5, título 16, Partida 6: agrégase la tan sabida regla de que se tienen por nacidos para todo lo provechoso.

ARTICULO 178.

En defecto del padre corresponde á la madre la misma facultad: pero, si en el caso del artículo 175 no se le hubiere deferido la administracion y nombrare por tutor á su marido, será necesaria la confirmacion del consejo de familia.

Vé las citas de Códigos hechas en el artículo anterior, y lo espuesto en el 164, del que este es una consecuencia forzosa: vé tambien el 168. La segunda parte del artículo desde «*pero*» difiere de los artículos 399 y 400 Franceses, segun los cuales, la madre binuba, y no mantenida en la tutela, no puede nombrar tutor á los hijos de anterior matrimonio: la mantenida puede nombrarlo; pero será necesaria la confirmacion del consejo de familia. El artículo 319 Napolitano es todavía mas severo, pues basta que el padre, al morir, haya dado un co-tutor á la madre para que esta no pueda ya nombrar tutor sino para la administracion de sus bienes personales.

Nuestro artículo 168, mas favorable á los sentimientos maternales, conserva á la que contrae segundas nupcias todos los derechos de la

patria potestad, salva la administracion de los bienes, y de consiguiente el de nombrar tutor, que es uno de aquellos. Pero aquí se pone una prudente limitacion al ejercicio de este derecho. Un esceso de amor, ó las sugestiones de su segundo marido, pueden haber influido para que le nombrara tutor; el consejo de familia decidirá de la utilidad y subsistencia del nombramiento; si este ha recaido en otro, no há lugar á tales sospechas, y por lo mismo no será necesaria la confirmacion.

ARTICULO 179.

El padre, y en su caso la madre, pueden nombrar un tutor para todos sus hijos menores, ó encargar la tutela de cada uno de estos á persona diferente, aunque le sobreviva su consorte, siempre que no pueda entrar en el ejercicio de la patria potestad; pero cesando la incapacidad ó impedimento, cesará tambien el tutor testamentario.

Vé los casos del artículo 163. Cuando el cónyuge sobreviviente no puede entrar en el ejercicio de la patria potestad, se reputa para los efectos de esta como si no existiera; pero la ficcion no puede llevarse mas allá de lo que dura la incapacidad; y cesando la causa, deben cesar sus efectos.

ARTICULO 180.

Si el padre ó la madre nombraren mas de un tutor á un hijo suyo, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos á otros, en el caso de muerte, incapacidad, escusa ó separacion de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado por el órden de su designacion en el testamento, á no ser que el testador determine el lugar en que deban entrar á desempeñarla.

Siempre que se nombre mas de un tutor, se entenderán nombrados por su órden, y sustituyéndose unos á otros.

Vé lo espuesto en el artículo 173 á las palabras «*Tampoco puede ejercerse*, *etc.* El artículo 180 no hace mas que esplicar y desenvolver el espíritu del 173. La tutela ha de ser siempre ejercida por uno solo; así lo exige el interes del menor: el padre ó madre podrán designar quien la haya de ejercer; si callaron sobre esto, la ley interpreta su voluntad: lo único que no podrán disponer el padre ó madre, será que la *tutela haya de ser ejercida conjuntamente por mas de una persona.*

CAPITULO III.

De la tutela legítima.

Vé lo espuesto sobre esta tutela al frente del capítulo 2. Los Códigos Frances, Sardo, Napolitano y de la Luisiana, limitan esta tutela á la lí-

nea recta ascendiente. El Derecho Romano, en su último estado, y el Patrio, la deferian sin distincion de líneas y grados á los parientes mas cercanos, *Authentica sicut hereditas*, título 30, libro 5 del Código, y ley 9, título 16, Partida 6; nosotros habemos adoptado un término medio admitiendo á los ascendientes y hermanos: las afecciones entre estos últimos son por lo comun tan íntimas y dulces!! Nacen con la cuna, y crecen con la cohabitacion, que rara vez tiene lugar en los ascendientes.

ARTICULO 181.

Tiene lugar la tutela legítima:

1.° *Cuando no ha sido nombrado tutor testamentario, ó el nombrado murió en vida del que le nombró.*

2.° *En los casos previstos en los artículos* 82 *y* 85.

402 Frances, que solo da entrada á la tutela legítima, cuando el padre ó madre no han nombrado tutor, 365 Napolitano, 257 Sardo: el 282 de la Luisiana la da tambien entrada, cuando el tutor testamentario se ha escusado.

El párrafo 2, título 15, libro 1, Instituciones, está conforme con nuestro número 1; pero en vista de las leyes 11, título 2, y 6, título 4, libro 26 del Digesto, es preciso convenir en que, fuera de los casos de escusa ó remocion del tutor testamentario, tenia siempre lugar la tutela legítima.

La ley 9, título 16, Partida 6, dice absolutamente lo mismo que nuestro número 1, aunque Gregorio Lopez quiso estenderla al caso de morir el tutor despues de haber entrado en la tutela, pero sin haber llegado el huérfano á la pubertad.

Nuestro número 1 está claro, y aleja todas las cuestiones: fúndase en la voluntad presunta de los padres: si absolutamente no dan tutor, ó, sabiendo que ha muerto el nombrado, no proveen de otro, dan á entender su confianza en los legítimos: en todos los demas casos dieron á entender lo contrario, y habrá por lo tanto de procederse al nombramiento de tutor dativo: el artículo 184 dispone lo mismo con igual claridad.

Número 2. Son los casos previstos en los párrafos segundos de los artículos 82 y 85. En el del artículo 82, ambos cónyuges carecen de la patria potestad, que es el fundamento de la tutela testamentaria: en el del 85 sucede lo mismo con el cónyuge sobreviviente, y se da por supuesto que el inocente murió sin nombrar tutor. No hay, pues, nombramiento de tutor testamentario; y segun el número 1 tiene lugar el legítimo.

ARTICULO 182.

La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor por el órden siguiente:

1.° *Al abuelo paterno.*

2.° *Al abuelo materno.*

3.° *A las abuelas paterna y materna por el mismo órden, mientras se conserven viudas.*

4.° *A los hermanos varones, siendo preferidos los que lo sean por ambos lados, y entre estos el de mayor edad.*

Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el órden que van designadas.

402 Frances, menos claro que el nuestro, y sin dar lugar á los hermanos: el 403 habla de los bisabuelos; caso omitido en el nuestro, porque suele ser raro, y será rarísimo que tengan la sanidad de espíritu y cuerpo necesario para ejercer la tutela: vé las otras citas en el artículo anterior.

El Derecho Romano y Patrio, á pesar de la incapacidad de las mugeres para ser tutoras, preferian en la tutela legítima á la madre y abuela del huérfano, conservándose viudas, *Authentica matri, etc.*, título 35, libro 5 del Código y ley 9, título 16, Partida 6.

La preferencia que se da en los números 1 y 3 á la línea paterna, es una consecuencia necesaria de la misma organizacion de la familia.

Número 3; *viudas*: si la repeticion de matrimonio perjudicó siempre á la madre, debe con igual ó mayor razon perjudicar á las abuelas; y el consejo de familia no tendrá respecto de estas la facultad del artículo 168: el artículo 403 Frances solo admite á los ascendientes varones.

Número 4. Varones: vé el número 1 del artículo 202 y lo espuesto al 173. Las hermanas, aun estando solteras, no tienen la misma presuncion de ternura hácia el huérfano que las abuelas; si no lo están, su condicion es todavía mas desfavorable.

Por ambos lados. El doble vínculo induce mayor presuncion de cariño, y si favorece para la doble porcion en las herencias sin testamento, artículo 760, debe tambien tenerse en cuenta para lo oneroso como la tutela que tiene alguna analogía con aquellas, segun he indicado en el artículo 177 á las palabras «*En testamento.*»

Se reemplazarán: sea que el del órden anterior se escuse legítimamente de admitir la tutela, ó muera, ó sea removido despues de su admision: vé el número 2 del artículo siguiente. No podrá, pues, suscitarse entre nosotros la cuestion que agita Rogron en el artículo 402 Frances; y que deja indecisa comparando dicho artículo con el 403.

CAPITULO IV.

De la tutela dativa.

ARTICULO 183.

El tutor dativo se nombra por el consejo de familia.

ARTICULO 184.

La tutela dativa tiene lugar:

1.° *Cuando por cualquiera causa cesa el tutor testamentario despues de la muerte del que le nombró.*

2.° *En los casos en que debiendo tener lugar la tutela legítima falten todas las personas llamadas á egercerla.*

El 405 Frances comprende estos dos artículos, dando entrada á la tutela dativa cuando no queda tutor testamentario ni ascendientes varones, y cuando aquel es escusado ó removido. Pero acabo de indicar, refiriéndome á Rogron, que los articulos Franceses 402 y 405 han dado lugar á dudas, removidas por nuestro artículo anterior. Siguen al Frances el 526 Napolitano, 260 Sardo y 288 de la Luisiana.

Por derecho Romano tenia lugar la tutela dativa, *si cui nullus omnino tutor fuerat*, y cuando la tutela testamentaria estaba impedida, pero se esperaba por haber sido nombrado el tutor bajo condicion, ó desde dia cierto, ó espiraba aquella por muerte, escusa ó remocion del tutor; párrafos 1 y 2, título 20, libro 1, Instituciones, y ley 12, título 2, libro 26 del Digesto: Vinio esplica, aunque no muy satisfactoriamente, el por qué de estas diferencias. La ley 12, título 16, Partida 6, dice simplemente que, no habiendo el padre nombrado tutor, y no queriendo serlo ningun pariente cercano, lo dé el juez y señala quiénes deban pedírselo: pero tanto ella como todas las de aquel titulo y siguientes callan sobre los casos de escusa y remocion del tutor testamentario; Gregorio Lopez en la glosa 4 de dicha ley 12 da por supuesto que tiene entrada el tutor dativo.

El número 1 de nuestro artículo 184 con el número del 181 cierra la puerta á toda cuestion y duda: el nombramiento de tutor por el padre ó madre es un tácito y desfavorable testimonio contra los llamados á la tutela legítima; debe por lo tanto darse lugar á la dativa: cuando el nombrado murió en vida del que le nombró, viene realmente á ser lo mismo que si no hubiera sido nombrado.

Número 2. Esta disposicion es de absoluta necesidad, porque ha de

proveerse de tutor á quien, ni lo tiene testamentario, ni puede tenerlo legítimo.

CAPITULO V.

Del pro-tutor.

Véase lo espuesto sobre esta innovacion en el artículo 172.

ARTICULO 185.

En todos los casos de tutela el consejo de familia nombrará un pro-tutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre ó por la madre.

420 Frances que tambien designa sus funciones en general, y no hace la escepcion que el nuestro por no creer necesario espresarla: 342 Napolitano, 278 Sardo: el 300 de la Luisiana y el 422 de Holanda atribuyen su nombramiento al Juez: el 225 de Vaud no admite esta innovacion; y cuando los intereses del menor esten en oposicion con los del tutor, dispone que se nombre por el Juez un curador especial, ó *ad hoc*, cuyas obligaciones serán en aquel negocio las mismas que las de un tutor; esto es conforme al párrafo 3, título 19, Instituciones, y así se ha practicado constantemente entre nosotros por ser de absoluta necesidad.

En todos los casos. Sea cualquiera la especie de tutela; y los padres no podrán dispensar ó prohibir este nombramiento, aunque se les permite que ellos mismos lo hagan: la tutela en cuanto á su objeto, tiene mucho de derecho público, que no se altera por la voluntad de los particulares, artículo 11.

ARTICULO 186.

En el caso de tutela dativa, el consejo de familia nombrará el pro-tutor en la misma sesion en que nombre el tutor.

422 Frances que dice: «Inmediatamente despues del nombramiento de tutor;» 344 Napolitano, 281 Sardo, 424 Holandes.

El nombramiento de protutor, aunque en la misma sesion, debe hacèrse despues de el del tutor para que este, si es miembro del consejo de familia, pueda abstenerse de votarlo; á mas de que está en el órden natural de las ideas nombrar primero al principal que á su segundo ó vigilante.

En la misma línea: sin embargo, podrá ser nombrado un hermano entero, ó carnal, porque abraza las dos líneas.

ARTICULO 187.

El tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar á ejercer sus cargos, sin hacer que antes se convoque el consejo de familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de pro-tutor.

El tutor que no llene esta formalidad, será responsable de los daños que vengan al menor, y ademas será separado de la tutela.

En el caso de que el tutor sea pariente del menor, no podrá ser nombrado el pro-tutor de la misma línea.

Los dos primeros párrafos son el 421 Frances, y el tercero el 423 Frances que esceptúa el caso de hermanos carnales; 343 y 343 Napolitanos, 280 y 283 Sardos, 423 Holandes.

Para el reconocimiento de su cargo: porque son tutores de pleno derecho, y no necesitan la confirmacion del consejo de familia, que al contrario habrá de reconocerlos por tales, si no tienen impedimento de ley.

Será separado. El artículo 421 Frances, dice: «Podrá si ha habido dolo;» el nuestro supone tambien dolo ó malicia en el tutor, y bajo esta suposicion es imperativo, porque nada bueno puede esperarse del que comienza con tan malos auspicios. Otra cosa seria en el caso de simple error ó negligencia; y de todos modos, el conflicto entre el tutor y el consejo, habrá de ser dirimido por el juez.

En la misma línea. Tomándose el tutor y pro-tutor en una misma línea, podria temerse la preponderancia ó colusion en ella. Si en el consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, seria preciso nombrar protutor á un estraño.

ARTICULO 188.

El pro-tutor está obligado:

1.° *A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposicion con los del tutor.*

2.° *A vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Consejo de familia cuanto crea que pueda ser dañoso al huérfano en su educacion y en sus intereses.*

3.° *A promover la reunion del Consejo de familia para el nombramiento de otro tutor, siempre que la tutela quede vacante ó abandonada.*

4.° *A egercer las demas obligaciones que especialmente le señala la ley.*

El artículo 420 Frances impone al pro-tutor la obligacion de obrar por los intereses del menor cuando estén en oposicion con los del tu-

tor y el 424, la obligacion especial de nuestro número 3. Le siguen los artículos estranjeros citados en el nuestro 186, y ademas el 346 Napolitano, 431 Holandes, 303 de la Luisiana y 278 Sardo.

En oposicion con los del tutor: pero en este caso el pro-tutor, aunque sea miembro del Consejo de familia, no tendrá en él voto deliberativo, y el juez le hará reemplazar por otra persona capaz de hacer parte (artículo 282 Sardo).

La reunion del Consejo: porque él no reemplaza al tutor; las obligaciones y representacion de uno y otro son absolutamente incompatibles: pero es interes del huérfano que la tutela no quede abandonada.

Número 4: como en los casos del artículo 242 y 258.

ARTICULO 189.

El pro-tutor que no llene las obligaciones prescritas en el artículo anterior, es responsable de los daños y perjuicios que por ello resultaren al menor.

Toda culpa ó negligencia lleva la responsabilidad civil de daños y perjuicios, artículo 1900.

CAPITULO VI.

Del Consejo de familia.

Vé lo espuesto sobre esta innovacion en el artículo 172.

ARTICULO 190.

Se procederá á la formacion del Consejo de familia siempre que haya que nombrar tutor ó pro-tutor, y en los demas casos en que la ley requiere reunion,

Vé los artículos 183 al 187 inclusive, y lo en ellos espuesto.

Tutor: como en los de tutela dativa, segun los artículos 183 y 184.

O pro-tutor: y como este ha de ser nombrado en todos los casos de tutela segun el artículo 185, se sigue que en todos ellos se ha de proceder á la formacion del Consejo de familia.

La ley requiere su reunion: como en el caso del artículo 168.

ARTICULO 191.

Compondrán el consejo de familia el alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes mas allegados de este; dos de la línea paterna y

dos de la materna, que estén avecindados en el mismo pueblo ó en otro que no diste mas de seis leguas.

Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor, mientras estas vivan.

407 Frances que habla de parientes, ó afines, *alliés*, aunque en igualdad de grado da la preferencia á los primeros; exige el número de seis, y señala la distancia de dos miriámetros: nuestro artículo reduce á cuatro el número de seis, y alarga un tanto la distancia por estar el pais menos poblado; en cuanto á los afines, vé el final del artículo 328 Napolitano, 262 Sardo: los 290, 221 y 300 de la Luisiana, y el 388 Holandes varían algo: el de la Luisiana exige por lo menos cinco parientes ó amigos residentes en la parroquia del juez: el Holandes reduce tambien á cuatro el número de parientes ó afines.

El alcalde: ó el que haga sus veces, y asi ha de entenderse esta palabra en todo el capítulo.

Cuatro parientes. He dado la razon de haber reducido á cuatro los seis del artículo Frances; el Código Holandes adoptó lo mismo que el nuestro, sin poder alegar la misma razon; tambien el artículo 265 Sardo; y nuestras leyes patrias solo exigian en casos parecidos uno ó dos parientes de cada línea.

El consejo con los cuatro parientes y el alcalde se compondrá de cinco, número impar, con lo que se evitarán los empates en la votacion.

Dos de la línea paterna, etc. Así se evitará la influencia, ó preponderancia de una de ellas; y las dos tienen la misma presuncion de interes y cariño por el huérfano.

Mas de seis leguas. Una distancia mayor acarrearia grandes molestias á los parientes y retardos en la reunion del consejo, con perjuicio del mismo huérfano, pues le interesa que el consejo pueda reunirse fácilmente y vigilar de cerca al tutor.

Los maridos de las hermanas, etc. La afinidad es siempre vínculo mas débil que el del parentesco de sangre: por esto el artículo se limita á los cuñados, y mientras vivan sus mugeres hermanas del huérfano. Síguese de este párrafo y del artículo 192 que los parientes han de ser varones, y no es necesario espresar que han de ser mayores de edad, ó emancipados.

Este artículo y los siguientes, que hablan tambien de la organizacion del consejo de familia, no declaran espresamente la nulidad de sus deliberaciones para el caso de no haberse observado lo dispuesto en ellos. De consiguiente, queda á la sabiduria y prudencia de los tribunales el cuidado de apreciar las circunstancias particulares que pueden escusar, bajo este aspecto, algunas irregularidades, exentas de toda sospecha de dolo ó connivencia, y que no han acarreado perjuicios

al huérfano. No será, pues, absoluta y general la nulidad de las deliberaciones del consejo por la mencionada inobservancia, si no concurren para lo contrario circunstancias especiales al prudente é ilustrado arbitrio de los tribunales.

ARTICULO 192.

En igualdad de grados será preferido el pariente de mas edad al mas jóven.

Los ascendientes varones de cualquier grado serán preferidos á las abuelas.

La primera parte es el final del artículo 407 Frances y demas citados en el artículo anterior: en igualdad de grado la edad es una circunstancia preferente, como en el caso del artículo 293 y otros, por la presuncion de mayor esperiencia; ademas si entraran todos los de un mismo grado, no se verificaria la igualdad del artículo 191 en ambas líneas.

A las abuelas. Repítese aquí la escepcion que en el número 3 del artículo 182 se hace á favor de ellas para la tutela; pero se da preferencia á los varones para evitarles las molestias de viages en el caso muy posible de no residir en el domicilio del huérfano.

ARTICULO 193.

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 191, todos los hermanos carnales y los maridos de las hermanas carnales serán vocales natos del consejo de familia, y si son tres ó mas, no se les agregará ningun otro pariente.

El tutor no puede ser vocal del consejo de familia.

El primer párrafo es casi idéntico al artículo 408 Frances, 329 Napolitano, 263 Sardo.

Todos los hermanos carnales: estos reunen la ventaja de pertenecer igualmente á las dos lineas, y de representarlas. De consiguiente, el de mas edad no será preferido al mas jóven; y entrarán todos, aun cuando concurran con ascendientes.

De las hermanas: entiéndese carnales; de otro modo solo serán llamados, cuando haya lugar, en la respectiva linea de aquellas: entiéndese tambien que han de vivir sus mugeres por lo dispuesto al fin del artículo 191.

Si son cuatro ó mas: porque todos deben serlo, y representan las dos lineas: hay, pues, un caso en que el consejo á pesar de lo dispuesto en el artículo 191 puede constar de mas de cuatro: si son menos, se

completará el número hasta cuatro; pero supongamos que por ser tres haya de nombrarse uno solo: yo creo que habrá de serlo por la linea paterna, y si por ser uno solo el hermano ó cuñado, han de ser nombrados tres, habrán de tomarse dos de la misma linea, y uno de la materna. Esto es de necesidad, si el consejo no ha de pasar de cuatro: además, la doble representacion de los hermanos viene á conservar la igualdad en ambas lineas; y de la preferencia de la paterna hay ya un ejemplo en el artículo 182.

He puesto *cuatro ó mas* á pesar de que el artículo impreso dice *tres*, porque en mi ejemplar, sobre el que se hizo la última revision, dice *cuatro;* y en este supuesto ó sentido, conforme por otra parte con el artículo 408 Frances, hice yo este comentario que fué aprobado espresamente por la Seccion: *sirva esto de advertencia para cuando se fije definitivamente* la suerte del Código.

El tutor : porque no puede tener voto en causa propia, y la institucion del consejo tiene por objeto intervenir las operaciones, y velar sobre la conducta del tutor.

ARTICULO 194.

El alcalde tiene obligacion de cumplir con lo dispuesto en el artículo 190 *en el término de seis dias, á contar desde la muerte del padre ó madre, sea de oficio, ó por accion fiscal, ó popular.*

406 Frances, que no señala dias, y añade (en mi concepto sin necesidad) que pueden pedir la convocacion los parientes del menor, sus acreedores, ú otras partes interesadas.=327 Napolitano, 261 Sardo, 417 Holandes.

Seis dias: pero sin perjuicio de proveer entretanto segun lo dispuesto en el artículo 174.

Desde la muerte: desde que de cualquier modo la supo, y á esto se refieren las siguientes palabras, *sea de oficio*: sin saberla, es imposible que cumpla con este artículo, ni con el 174.

Sea de oficio, ó popular: como sucede en el caso del artículo 1845: el interes del huérfano es *quasi publicum,* párrafo 3, título 26, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 16, Partida 6: escusado es con esto advertir, que podrán pedir la convocacion los que tengan interes personal por cualquier concepto.

ARTICULO 195.

Cuando los parientes mas cercanos del menor tengan su domicilio en un pueblo que diste mas de seis leguas del domicilio del huérfano, los con-

cocará el alcalde, pero no los podrá compeler contra su voluntad á la aceptacion del cargo de vocal del consejo de familia.

El 410 Frances hace esto facultativo en el juez, y comprende tambien el caso de ser parientes en el mismo grado los domiciliados á mas de dos miriámetros (tres leguas y un quinto); 531 Napolitano, 265 Sardo; en el artículo 192 he notado que el 500 de la Luisiana habla de parientes, ó amigos residentes en la parroquia del Juez: el 588 Holandes no señala distancia, y da á entender, que se han de buscar los parientes ó afines en todo el reino.

Mas cercanos: el derecho de estos es preferente, y mayor la presuncion de su cariño é interes por el menor: deben pues ser convocados por si quieren admitir. Sin embargo, la distancia puede ser tan grande que haga evidentemente imposible la asistencia del pariente mas cercano al consejo de familia; y en este caso, todo de prudencia, yo no culparia al Alcalde por no haberle convocado. Entre parientes de un mismo grado no median las consideraciones de mejor derecho y mayor cariño que hacen escusables las dilaciones consiguientes á la mayor distancia.

No podrá compeler: es decir, que por esto solo podrá el pariente escusarse de aceptar.

ARTICULO 196.

Si en el domicilio del huérfano y á seis leguas de distancia no se encuentra suficiente número de parientes para componer el consejo de familia, y los que vivan en pueblos mas distantes no se prestan á aceptar este cargo, se completará el consejo con vecinos honrados que elegirá el alcalde entre los que hayan sido amigos de los padres del menor.

El 409 Frances dice, que el Juez llame á los parientes ó afines domiciliados á mayores distancias, ó á los amigos etc., que tengan el mismo domicilio del menor: 530 Napolitano, 264 Sardo.

Nuestro artículo no adopta lo de los parientes, salvo lo dispuesto para los mas cercanos en el artículo anterior, porque las mayores distancias son casi incompatibles con la asistencia puntual al consejo, que reclaman los intereses del menor.

Suficiente número: y bastará que no se encuentre en una sola de las líneas, por ejemplo la materna, aunque en la otra haya cuatro ó mas; porque las dos deben estar representadas por mitad para evitar la preponderancia de la mayor representacion.

Entre los que hayan sido amigos: y tengan el mismo domicilio que el menor, porque no deben exigirse de estraños las molestias y sacrificios que de los parientes: así se dispone en el artículo 268 para un caso casi idéntico, ó muy parecido.

ARTICULO 197.

El alcalde señalará un término breve, en proporcion á las distancias, para que los llamados comparezcan personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar mas que uno solo.

El artículo 411 Frances fija términos segun que los convocados se hallen domiciliados á menor ó mayor distancia de dos myriametros: 332 Napolitano, 266 Sardo: en nuestro artículo se deja esto á la prudencia del Alcalde, porque los términos no deben ajustarse exactamente á la materialidad de las distancias, y deben ser tomadas en cuenta la localidad, la estacion, las comunicaciones, etc.

Personalmente, etc.: Esta parte del articulo hasta el fin es el 412 Frances, 333 Napolitano, 267 Sardo.

Apoderado especial: para que le represente en el consejo y haga sus veces; pero no será necesario que en el poder se designe la persona del tutor, ó protutor, y antes bien convendrá no designarla, porque la libre discusion entre todos puede contribuir al acierto.

Mas que uno solo. Esta parte es el final del artículo 412 Frances, 333 Napolitano, 267 Sardo. Si uno solo pudiera representar á dos, no habria los cuatro votantes que requiere el artículo 191, y uno solo bastaria por lo menos para empatar las resoluciones.

ARTICULO 198.

El alcalde puede multar hasta en cantidad de diez duros al pariente que no comparezca en el término que se le prefijó.

Sin embargo, cuando la no comparecencia proceda de justa causa, y el alcalde estime útil al menos que se aguarde al ausente, podrá deferir la reunion. Igual multa podrá imponer el alcalde á los que dejen de concurrir á cualquiera otra reunion del consejo de familia.

Los dos primeros párrafos son los artículos 413 y 414 Franceses, 334 y 335 Napolitanos, 268 y 269 Sardos.

Puede multar: porque segun el artículo 194 tiene obligacion de proceder á la formacion del consejo de familia, y *cui jurisdictio data est, ea quoque concissa esse videntur sine quibus jurisdictio explicari non potuit*, ley 2, título 1, libro 2 del Digesto.

De esta imposicion de multa no hay apelacion ni otro recurso, que esponer ante el mismo escusa legítima, ó imposibilidad de comparecer por sí y por apoderado especial: aun en este caso ha debido ponerlo en noticia del alcalde antes de espirar el término señalado para la comparecencia: en el caso del artículo 195, deberá avisar que no acepta el cargo.

Deferir la reunion: si lo hace sin señalamiento de dia, será necesaria nueva convocacion; de otro modo no.

Igual multa: este caso es idéntico al del párrafo 1: de nada serviria la formacion del consejo sin la asistencia posterior á sus sesiones.

ARTICULO 199.

Esta reunion y todas las demas del consejo de familia se celebrarán en la casa morada del alcalde, si este no designa otro local; y para deliberar y acordar bastará la mayoría de los convocados.

415 Frances que en lugar de *mayoría* exige las tres cuartas partes; y debiendo, segun el 407 Frances, componerse el consejo de seis, es imposible en tal caso ajustar ó sacar exactamente las tres cuartas partes, y será necesaria la asistencia de cinco. Nuestro artículo es mas sencillo y practicable en todos casos, bien se componga el consejo de solos cuatro ó de mas, por lo dispuesto en el artículo 193: será, pues, necesaria la mitad mas uno de los *convocados*, sin contar con el alcalde, porque convoca y no es convocado: siguen al artículo Frances, el 336 Napolitano y el 270 Sardo.

ARTICULO 200.

El alcalde presidirá siempre el consejo de familia: tendrá en él voto consultivo, y, en caso de empate, decisivo.

Es el 416 Frances, 337 Napolitano y 271 Sardo; pero dan al juez voto *deliberativo*, no simplemente *consultivo*, como nuestro artículo.

El voto *consultivo*, como el que aquí se da al alcalde, no tiene otro objeto que ilustrar, pero no se cuenta para formar mayoría y resolucion; el voto *deliberativo* sí, y lo tienen todos los parientes vocales del consejo. De consiguiente, siendo estos cinco, si tres votan en un sentido y dos en otro, aunque el alcalde opine con los dos, los tres formarán mayoría y resolucion, porque su voto ó voz, como puramente consultiva, no se cuenta: si el alcalde tuviera voto deliberativo, resultaria en este mismo caso empate, y se dirimiria por la calidad de decisivo, que en tal caso tiene el voto del alcalde. Pero supongamos que son seis, y resulta empate de tres contra tres en la votacion, el alcalde tendrá voto decisivo: por manera, que el voto ó voz del alcalde no se cuenta para formar empate, pero lo dirime ó decide cuando lo han formado los parientes: en materias puramente judiciales no se conoce voto decisivo; en las gubernativas y económicas sí: la escepcion hecha en la ley orgánica de los Consejos provinciales de 2 de abril de 1845 á favor del voto del gefe político para formar *sentencia*, tiene de absurdo todo lo que aquella palabra tiene de judicial.

El voto decisivo dado al alcalde nace de la necesidad, y tiene por objeto evitar dilaciones y entorpecimientos perjudiciales al huérfano: si no, se le da voto deliberativo.

Pero téngase presente que, segun el artículo anterior, para formar el consejo, y poder este deliberar y acordar, ha de concurrir la mayoría de los convocados: esta es una regla general, y comun á toda corporacion.

Para formar acuerdo ó resolucion, ¿será necesaria la pluralidad absoluta ó la mitad mas uno de los asistentes, ó bastará la relativa? Esta duda, atendido nuestro artículo 191, solo podria ocurrir en el caso del artículo 195, porque en él solo pueden formar el consejo y asistir mas de cuatro parientes.

Supongamos, pues, que asisten siete: tres de ellos eligen por tutor á Pedro, dos á Juan, otros dos á Pablo. No habrá acuerdo ni nombramiento, á pesar de la pluralidad relativa á favor de Pedro, porque resultaria nombrado este contra cuatro, que espresamente no le quieren: es, pues, necesaria la pluralidad absoluta, es decir, que una sola opinion reuna mas votos que las otras juntas. Esta doctrina es respectivamente aplicable para decidir cuándo hay ó no empate: para que lo haya es preciso que la totalidad de los asistentes se divida por mitades iguales en dos opiniones, lo que solo puede acontecer siendo aquellos en número par; por ejemplo, cuatro, seis, etc.: así, en el caso arriba propuesto, si tres eligieran á Pedro, tres á Juan y uno á Pablo, no habria empate, ni lo habria siendo seis los asistentes, si los votos se dividieran por terceras partes iguales: la razon es la misma del párrafo anterior; no puede haber verdadero empate, cuando cada uno de los votados es rechazado por el mayor número de votantes.

Cierto es que la doctrina contraria tendria la ventaja de la facilidad y rapidez en las resoluciones; pero estas saldrian desautorizadas, por tener contra sí la realidad del menor número, y serian ocasion de nuevas discordias en el consejo.

Será por lo tanto preciso en tales casos, á fin de obtener pluralidad absoluta, llamar para este solo efecto un nuevo miembro al consejo, si alguno de los disidentes no prefiere adherirse á una de las opiniones emitidas por el mayor número: advierto, sin embargo, que el artículo 272 Sardo se decide por la mayoria ó pluralidad relativa.

ARTICULO 201.

Ningun individuo del consejo de familia tendrá voto, ni asistirá á sus reuniones, cuando se trate de negocio en que tenga interes propio ó de sus hijos; pero podrá ser oido, si el consejo lo estima conveniente.

La justicia de este artículo es evidente, y deberá estenderse al caso de atravesarse interes de su muger.

Ser oido : y séalo ó no, tendrá siempre espedito su derecho, y podrá hacerlo valer en juicio.

CAPITULO VII.

De las personas inhábiles para ser tutores, pro-tutores y vocales del consejo de familia, y de su separacion.

El artículo 442 Frances, 322 de la Luisiana, 302 Sardo y 365 Napolitano hablan solo de la tutela y del consejo de familia; pero es indudable que en aquella comprenden al pro-tutor, y así se hace espresamente en el 325 de la Luisiana.

ARTICULO 202.

No pueden obtener estos cargos :

1.° *Las mugeres, á escepcion de las abuelas del menor, que sean viudas.*

2.° *Los menores de edad.*

3.° *Los mayores de edad que se encuentren bajo curaduria.*

4.° *Los que hayan sido removidos de otra tutela anterior por sospechosos.*

5.° *Los que por sentencia hayan sido condenados en alguna pena que lleve consigo la privacion ó inhabilitacion de este cargo.*

6.° *Los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida.*

7.° *Los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil ó considerable porcion de sus bienes.*

8.° *Los deudores del menor en cantidad considerable.*

9.° *Los parientes comprendidos en el artículo 176.*

10.° *Los jueces ordinarios de tribunal no colegiado, cuando el menor ó sus bienes están en el territorio á que alcance su jurisdiccion.*

El 442 Frances hasta el 445; pero no comprenden nuestros números 8, 9 y 10; lo mismo el 365 al 368 Napolitanos, 302 al 305 Sardos, donde se escluye tambien á los individuos de corporaciones religiosas, en que se pronuncian votos solemnes, ó perpétuos: el 305, dice: «El condenado á una pena que esceda un año de prision no puede ser nombrado tutor, si no la ha estinguido: pierde tambien la tutela que ejerce, y no puede volver á ella sino en virtud de un nuevo acuerdo.»

«Si la pena es de un año ó menos, su destitucion será facultativa.»

El 332 de la Luisiana comprende tambien como nuestro número 8 á los deudores del menor.

El 240 al 244 de Vaud son copia del 242 al 244 Frances; en el 239 son escluidos algunos funcionarios públicos por lo tocante al territorio en que ejercen sus funciones.

Los 436 y 437 Holandeses disponen casi lo mismo que los franceses, añadiendo: «Los fallidos ó insolventes de notoriedad»: en cuanto al derecho Romano y Patrio, véanse las citas en cada uno de los números.

Número 1. «*Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum fœmineæ infirmitatis:: Præter matrem et aviam alliis mulieribus interdicimus officium tutelæ subire.*» Ley 1 y auténtica *matri et aviæ*, título 35, libro 5 del Código, ley 4, título 16, Partida 6: el decoro y la debilidad del sexo alejan á las mugeres de la tutela: vé el artículo 182, número 3.

Número 2. «*Cum sit incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis agere noscantur, et ab aliis sequuntur, aliorum tutelam vel curam subire:*» párrafo 13, título 25, libro 1, Instituciones, y ley 4 y 7, título 16, Partida 6: uno y otro derecho permitian el nombramiento del menor en testamento, aunque no entraban á ejercer la tutela hasta llegar á la mayor edad: nuestro artículo no lo permite; pero, pudiendo el emancipado obligarse y administrar sus cosas, podrá tambien ser tutor.

Número 3: dicha ley 4, título 16, Partida 6, y el párrafo 2, título 14, libro 1, Instituciones, porque se hallan en el caso del menor de edad, y son comparados al furioso.

Número 4: ley 3, párrafo 8, título 10, libro 26 del Digesto, y 1, título 18, Partida 6: «el que es una vez dado por malo, siempre lo deven tener por tal (en el mismo género), fasta que se prueve lo contrario», ley 33, título 34, Partida 7.

Número 5: como las penas que en el Código penal llevan consigo la interdiccion civil, artículo 52 y siguientes del mismo.

Número 6: ley 3, párrafo 12, título 10, libro 26, *si qua justa causa ect*, «ó lo oviesse mostrado malas maneras,» ley 1, título 18, Partida 6: los que se hallan en los casos de este número no pueden cuidar bien de la educacion y patrimonio del huérfano: *maxima debetur puero reverentia*; y ¿cómo podrian ellos darle buenos ejemplos?

Número 7: leyes 6, párrafo 18, y 21, título 1, libro 27 del Digesto, leyes 2, título 17, y 4, título 16, Partida 6: de *omnibus bonis, aut plurima parte eorum*; «pleito ganado:: sobre toda la heredad del mozo, é sobre alguna partida grande della.»

Pendiente: si se moviese despues tendrá lugar el número 4 del artículo siguiente: en cualquier otro pleito el pro-tutor representará en él al huérfano segun el artículo 188.

Número 8. Novela 72, capítulo 1, que habla de todo deudor sin distinguir de cantidades: igual impedimento pone al acreedor del huérfano: sobre esto segundo vé el artículo 225 y 242.

Nuestro artículo se limita á los deudores en cantidad considerable; lo pequeño no debe tomarse en cuenta, y como lo considerable y pequeño sean relativos segun las circunstancias de las personas y de sus fortunas, al consejo de familia tocará hacer la calificacion. Pero si el padre ó madre nombraron tutor testamentario con conocimiento de la deuda, esta prueba de confianza removerá toda sospecha y el impedimento: asi lo estableció la ley 14, título 16, Partida 6, adoptando la opinion mas comun y fundada.

Número 9. Si no lo han hecho con el propósito especial de libertarse de la tutela, porque á nadie debe aprovechar su mala fé.

Número 10. Vendrian á ser jueces y partes en todos los negocios del menor, ó tendrian este y sus contrarios la necesidad de litigar con perjuicio suyo ante un juez accidental y sin nombramiento de tal; en los tribunales colegiados cesan estos inconvenientes.

Cuando se discutió este título, estaban suprimidos de derecho los institutos religiosos; posteriormente se restableció uno de ellos, y ahora se dice que en el Concordato se ha convenido el restablecimiento de otros.

En el título de Herencias por testamento, artículos 601 y 607, discutido posteriormente, fué preciso ya preveer este caso, y debe igualmente preveerse en este lugar.

¿Podrán ser tutores los religiosos profesos?

Por Derecho Romano el sacerdocio y el monacato eran impedimentos para la tutela, salva la legítima que se permitia á los presbíteros y diáconos, Novela 123, capítulo 5, cuya disposicion fué trasladada á la ley 14, título 16, Partida 6: aquí solo se trata de religiosos profesos que la Comision no pudo entonces tener presentes: á los clérigos los tuvo, y ni les concedió escusa, ni les puso impedimento, salvo lo dispuesto en el número 3, artículo 210.

Mi opinion es que no pueden serlo, porque el tal cargo es incompatible con sus votos y retraimiento del mundo; sin embargo, habrá de guardarse tambien en esta la salvedad hecha en los citados artículos 601 y 607: arriba he notado que el artículo 302 Sardo dispone lo mismo, el 3 Bávaro, número 2, libro 1 de la tutela, y el 191 Austriaco, número 4.

¿Podrá un estranjero ser tutor de un español? Por lo que respecta á

los franceses, el tribunal de Casacion decidió esta cuestion en sentido negativo acudiendo por falta de testo espreso á inducciones algo vagas, y á consideraciones generales de conveniencia.

Yo entiendo que aun en esto debe entrar por algo nuestro artículo 26 sobre reciprocidad. Segun él, no podria negarse á un estrangeró la tutela de un español, cuando en el pais de aquel no fuera escluido el español; pero exigiria siempre la residencia del estranjero en España, porque de otro modo no podria ejercer la tutela segun se dispone en este Código, por egemplo, en lo relativo al consejo de familia: como quiera, despues del mencionado fallo, el frances no podrá ser tutor de un español, salvos los tratados.

ARTICULO 203.

Serán separados de la tutela:

1.° *Los que se hallen en el caso de los artículos* 187 *y* 1832.

2.° *Los que no formalicen el inventario en el término y forma establecidos por la ley, ó no lo hayan hecho con fidelidad.*

3.° *Los que se condugeren mal en la tutela respecto de la persona, ó en la administracion de los bienes del menor.*

4.° *Los inhábiles desde que sobrevenga ó se averigüe su incapacidad.*

Los artículos 243 y 244 Franceses, relativos á esto, no valen, á mi corto modo de ver, lo que el nuestro en órden y claridad, á pesar de haber sido copiados en otros Códigos. El número 4 contiene una regla declarando causas de separacion todas las del artículo anterior, cuando sobrevienen á la entrada en la tutela; los otros tres números espresan las otras pocas causas de separacion que no se hallan en este caso.

Número 1. Nótese que el artículo 187 dice terminantemente «*Será separado de la tutela*,» y el 1832 «*Podrá ser*,» haciéndolo facultativo, ó permisivo al prudente arbitrio del consejo de familia; y en efecto, el caso del artículo 187 encierra mayor gravedad, porque lo primero y mas importante es la convocacion del consejo.

El caso del artículo 1832 es parecido al de las leyes 1 y 3, título 42, libro 5 del Código; el tutor que no afianzaba, debiendo afianzar, se hacia sospechoso.

Número 2. «*Si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removebuntur, et pœnis legitimis, etc.*, ley 13 al fin, título 51, libro 5 del Código, y leyes 15, título 16, y 1, título 18, Partida 6: hacer el inventario, pero con infidelidad, es peor que no hacerlo.

Número 3. «*Qui fraudulenter tutelam, administrant:: qui moribus talis est, ut suspectus sit, removendos esse, qui non ex fide tutelam gerit*, párrafos 5 y 12, título 26, libro 1, Instituciones, y ley 8, título

10, libro 26 del Digesto.» Que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres,» ley 1, título 18, Partida 6.

El tutor tiene obligaciones que cumplir respecto de la persona y de los bienes del huérfano; si no los administra como un buen padre de familias, aunque sea sin malicia, y aunque haya asegurado con hipoteca las resultas de su administracion, convendrá removerlo, porque *expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis*, ley 5, título 10, libro 26 del Digesto.

Pero el pro-tutor, y el consejo de familia, asi como las obligaciones impuestas en el capítulo 9, y en los artículos 257 y 258, harán ya muy raro el caso de remocion del tutor por simple negligencia.

Número 4. Lo que, existiendo y siendo conocido antes, impediria la entrada en la tutela, debe ser causa legítima de separacion, cuando sobreviene, ó es conocido despues de la entrada.

ARTICULO 204.

El tutor ó pro-tutor separado por cualquiera de las causas comprendidas en el artículo precedente, no puede ser vocal del consejo de familia.

El 445 Frances dice: «Todo individuo, que haya sido escluido ó destituido de una tutela, no podrá ser miembro de un consejo de familia.» Esto ha dado lugar á la cuestion, de si los parientes de inconducta notoria, ó notariamente de mala vida, pero que no habian sido escluidos, ó destituidos antes de una tutela, podian ser escluidos ó destituidos del consejo de familia; y el tribunal de Casacion la ha resuelto negativamente.

Yo no sé, si el artículo 445 Frances está por demas, ó en armonia con el 442 que habla de tutela y de *consejo de familia*, é igual parece ser el espíritu del 443 y 444.

Pero como el epígrafe de este capítulo 7 habla tan espresamente del consejo de familia como de la tutela, todas las causas de incapacidad. enumeradas en el artículo 202, comprenden al uno y á la otra: no puede, pues, suscitarse entre nosotros la cuestion Francesa: el incapaz por cualquiera de aquellas causas para la tutela, lo es tambien para el consejo de familia, y podria en rigor suprimirse este artículo, por comprendido en el número 4 del 202.

ARTICULO 205.

Al consejo de familia toca declarar sobre las causas de impedimento y separacion, salvo el recurso dentro del término de diez dias al tribunal de primera instancia.

446 y 448 Franceses; no señalan término para el recurso, porque esto corresponde mas bien á procedimientos; 369 y 371 Napolitanos, 307 y 309 Sardos: los otros Códigos, asi como el Derecho Romano y Patrio, reservan únicamente al Juez esta declaracion, dándose desde luego publicidad á lo que en ocasiones convendrá que quede en secreto.

ARTICULO 206.

El consejo de familia fundará su resolucion, espresando las causas y oyendo antes al interesado, cuando pueda hacerse sin grave inconveniente.

447 Frances hasta las palabras «*Cuando, etc;*» 370 Napolitano, 308 Sardo.

Fundará: asi podrá el tutor con plena instruccion y conocimiento conformarse, ó recurrir al Juez.

Y oyendo: si se presenta, y siempre se le citará para que no pueda alegar que ha sido condenado sin audiencia, ni defensa.

Cuando pueda, etc. Apenas puede concebirse este caso, y quizá con esto se favorezca á la malicia.

ARTICULO 207.

Si el consejo declara la inhabilidad, ó acuerda la separacion, y el interesado se conformare, se procederá inmediatamente á su reemplazo.

Si el interesado apelare, se seguirá la instancia con el consejo á espensas del menor; pero el consejo no podrá ser condenado en las costas, sino en caso de calumnia manifiesta.

445 Frances, 368 Napolitano y 306 Sardo, que disponen que la instancia se siga con el pro-tutor; pero pretendiéndose que el consejo ha causado agravio, con él debe seguirse aquella, ó por mejor decir, con la mayoria cuando algunos de sus miembros hayan disentido.

Calumnia manifiesta. Por regla general en este solo caso procede la condenacion de costas contra el que obra por razon de su oficio, y en cumplimiento de un deber. Sin esta seguridad el consejo podria mostrarse menos celoso é independiente: vé el artículo 216.

ARTICULO 208.

Contra la declaracion del consejo de familia favorable al interesado no se admitirá apelacion ni otro recurso alguno.

No está previsto en el Código Frances, ni en los otros, aunque en

mi concepto la suponen. Se espresa en el artículo para mayor claridad y evitar la duda de si el pro-tutor, ú otro pariente ó estraño, podria apelar en este caso socolor de zelo por el menor: en Derecho Romano esta acusacion era *quasi pública, omnibus patebat*, y podian intentarla hasta las mugeres, siendo honradas; lo que no se les permitia en los juicios públicos sobre delitos, párrafo 3, título 26, libro 1, Instituciones: lo mismo en la ley 2, título 18, Partida 6.

Contra la declaracion, etc. El consejo de familia, compuesto de parientes y amigos, es el pro-tutor y la salvaguardia del huérfano: ¿bajo qué socolor podria atacarse su declaracion en este caso?

ARTICULO 209.

En los casos de los artículos 202 y 203, si el tutor no ha entrado en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá al cuidado de la persona y bienes del menor hasta que se resuelva definitivamente sobre el impedimento; si el tutor ha entrado ya á ejercer su cargo, podrá el tribunal proveer al mismo cuidado.

Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, párrafo 7, título 26, libro 1, Instituciones y ley 3, título 18, Partida 6.

Si el tutor no ha entrado. Este caso es diferente de los de los artículos 174 y 175: el huérfano está ya puesto bajo la salvaguardia del consejo, y no debe quedar abandonado ni por un solo momento: al consejo, pues, toca proveer á su cuidado.

Si el tutor ha entrado. El tutor está en posesion del ejercicio de la tutela, y tiene por sí la presuncion de bueno, mientras no se pruebe lo contrario. Su separacion, aunque interina, lastimaria su reputacion; y una medida de esta gravedad requiere mayor detenimiento é imparcialidad.

Se reserva por lo tanto al prudente arbitrio del juez ó tribunal que provea segun las circunstancias, oyendo sumariamente al tutor sobre este artículo; tal fué la opinion de los intérpretes del Derecho Romano, á pesar de lo terminante del testo citado, y á la misma se inclinó Gregorio Lopez en su glosa 2 á la ley de Partida no menos terminante.

CAPITULO VIII.

De las escusas de la tutela y protutela.

En el capítulo anterior se ha hablado de los impedimentos, ó prohibiciones, de la incapacidad é indignidad, en todo lo que se ha aten-

dido únicamente al interes del menor: en este se trata de las escusas, que solo tienen por objeto el interes ó comodidad del nombrado, y por lo tanto pueden renunciarse.

Entre las escusas hay unas tan claras y ciertas por la precision y exactitud con que están definidas, que no es posible desecharlas; tales son las de los números 1, 2, 3, 4, 7 y 8: otras requieren mayor conocimiento de causa, y queda al discreto y justificado arbitrio del juez admitirlas, ó desecharlas, como las de los números 5 y 6.

ARTICULO 210.

Podrán escusarse de estos cargos:

1.° *Los ministros de la corona.*

2.° *Los que individual ó colectivamente ejerzan en cualquiera de los ramos de la administracion pública una autoridad que dependa inmediamente del gobierno.*

3.° *Los militares en activo servicio y los eclesiásticos que tengan cura de almas.*

4.° *Los que tengan bajo su patria potestad cinco hijos legítimos.*

5.° *Los que fuesen tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.*

6.° *Los que por el mal estado habitual de su salud ó por no saber leer ni escribir no pudieren prestar igual atencion.*

7.° *Los que tengan sesenta años cumplidos.*

8.° *El que sea ya tutor, pro-tutor ó curador de otra persona.*

Los escusados por alguna de las causas de este artículo, luego que cesare, podrán ser compelidos á encargarse de la tutela ó pro-tutela.

Números 1 y 2. En el 427 Frances se enumeran los que están escusados por razon de su dignidad ó cargo; 287 Sardo, 364 Napolitano, 225 de Vaud, 312 de la Luisiana, aunque con algunas variaciones entre ellos, y con nuestros números 1 y 2: el 334 Holandes es menos lato y solo dispensa á los empleados en servicio del Estado fuera del reino.

Por Derecho Romano estaban dispensados los magistrados llamados por escelencia *Mayores*: la ley 2, título 17, Partida 6, dice: «los mensageros del Rey, é los que han de judgar, é cumplir la justicia por obra.»

Número 3. En cuanto á los militares conforme con el 448 Frances, 371 Napolitano, 288 Sardo, 434 Holandes, 226 de Vaud. En Derecho Romano la milicia era mas bien un impedimento que escusa, *nec volens admittitur*; según la ley 3, título 17, Partida 6, era verdadera escusa no impedimento.

Que tengan cura de almas: el artículo 287 Sardo dispensa á las personas que hayan recibido las órdenes sagradas; el 312 de la Luisiana, número 7, dice: «Los ministros del culto:» en cuanto al Derecho Romano y Patrio: vé lo espuesto hácia el fin del artículo 202.

Cura de almas: porque lleva consigo mayores atenciones y cuidados, y es por lo tanto digna de mayor consideracion.

Número 4. 436 Frances, 358 Napolitano, 296 Sardo, 434 Holandes, número 8; el 232 de Vaud exige seis hijos.

Testo del título 25, libro 1, Instituciones, y leyes 1, título 66, libro 5 del Código y 2, título 17, Partida 6.

Roma perdió en costumbres tanto como ganó en conquistas: el lujo y la disolucion hacian poco frecuentes los matrimonios: la ley Papia Popea se hizo para ocurrir á estos males concediendo recompensas á los padres de muchos hijos, é imponiendo penas ó privaciones á los celibatarios: entre las recompensas fué una la inmunidad ó exencion de las cargas ó cargos públicos personales: y *tutelam et curam placuit munus publicum esse*, testo citado.

Concedióse esta exencion como un premio á la propagacion de la especie, en la que tanto interesa el Estado, no por las ocupaciones y cuidados consiguientes á la subsistencia y educacion de los cinco hijos, *sive in potestate sint, sive emancipati*; y aprovechaban los muertos en el campo de batalla por la hermosa y sublime ficcion: *Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viveré intelliguntur*; testo citado y copiado con noble sencillez en la ley 5, título 25, Partida 2.

Los Códigos modernos han seguido el pensamiento del Romano en considerar esta escusa como premio de la propagacion, y no de la carga doméstica de la educacion de tantos hijos: han adoptado, pues, casi todas las consecuencias Romanas de este pensamiento, como la de que los nietos representen al padre muerto para aprovechar al abuelo.

«Este favor era debido á la fecundidad conyugal, que se encuentra siempre con las buenas costumbres y el amor al trabajo, principios honrosos de la prosperidad de las naciones,» dice un orador filósofo.

La Comision, á pesar de sus principios y sentimientos favorables á la multiplicacion y recompensas del matrimonio, á pesar de sus deseos de dar todo el honor posible á lo que hay de mas sagrado entre los hombres, el carácter de padre de familia, se ha decidido por el pensamiento de la Comision de Código civil de 1821 que exigia que los hijos (y se limitaba al número de cuatro) estuviesen bajo la patria potestad: de consiguiente, consideraba esta escusa, no como premio de la fecundidad conyugal, sino como una equivalencia de la carga doméstica de educar y mantener tantos hijos.

La preferencia en los empleos y honores, y el alivio en las cargas reales ó patrimoniales serian estímulos mas poderosos y recompensas mas apetecidas.

Bajo la patria potestad: por las razones que acabo de esponer; y este es el punto capital en que nos separamos de todos los Códigos.

Cinco: sin perjuicio de la escusa del número 8, que competerá al abuelo tutor de un solo nieto, porque no teniendo sobre él patria potestad, se le considera para los efectos del dicho número como un estraño.

Hijos: ó hijas, ya porque el sexo masculino comprende tambien el femenino, leyes 152, 163, 172 y 195, título 16, libro 50 del Digesto, ya porque en todos milita igualmente el motivo de la exencion. Pero no aprovechan para este efecto los que aún están en el vientre de la madre, *quia de eorum commodo non agitur*, y no tiene lugar respecto de ellos la causa ó motivo y objeto de esta escusa.

Legítimos. Los naturales, á pesar del artículo 170, como fruto de una union ilícita, no deben dar título á este favor; ni los adoptivos, para evitar las colusiones que se esperimentaron entre los Romanos: vé lo espuesto al frente del título 5 de este libro.

Número 5. Los Códigos modernos callan sobre esta escusa, admitida en el Derecho Romano y Patrio; párrafo 6, título 25, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 17, Partida 6. La sola pobreza no es causa de esclusion ó incapacidad, ni de remocion de la tutela, asi como la riqueza no basta por sí sola para librar de la nota de sospechoso, porque *non ex patrimonio, sed ex moribus suspectus æstimandus est*, párrafo 12, título 26, libro 1, Instituciones, y ley 1, título 18, Partida 6.

Pero aunque la tutela sea una carga personal y forzosa, *un munus publicum*, no puede en humanidad y justicia exigirse que uno la desempeñe con peligro y menoscabo de su propia subsistencia; y será difícil encontrar escusa mas legítima: ya he dicho al frente de este título, que la apreciacion de esta escusa, y la del número siguiente, queda al prudente y justificado arbitrio del Juez, si el consejo la desestima.

Número 6. La escusa por el mal habitual la admite el artículo 434 Frances, el cual añade, tal vez sin necesidad, que sobreviniendo el mal despues de admitida la tutela, podrá alegarse para dejarla: 336 Napolitano, 293 Sardo, 230 de Vaud, 434 Holandes y 317 de la Luisiana: en el 322 se pone como impedimento, y efectivamente puede serlo segun la gravedad del mal: hay imposibilidad *absoluta y parcial, ó relativa*.

No saber leer ni escribir. *Eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos*, párrafo 8, título 25, libro 1, Instituciones: «El que non supiesse leer, nin escrivir,» ley 2, título 17, Partida 6. Tampoco se lee esta escusa en los Códigos estranjeros. Pero seria absurdo y hasta dañoso al

menor, compeler á la admision de una tutela vasta y complicada al que no sabe leer ni escribir, porque ni es posible que lo lleve todo de memoria, ni puede exigírsele que se valga para todo de auxilio ageno. Si la tutela fuere corta y fácil, podria el Juez, por derecho Romano, desechar esta escusa; nuestro artículo es absoluto. El ciego se halla en el caso de este número: ley única, título 67, libro 5 del Código, y artículo 602.

Número 7. El artículo 433 Frances exige 65 años para escusarse de admitir, y 70 para descargarse de la admitida: lo mismo el 353 Napolitano, 292 Sardo, 229 de Vaud y el 316 de la Luisiana. El 434 Holandes exige sesenta para lo primero, y sesenta y cinco para lo segundo. Por Derecho Romano y Patrio eran necesarios setenta años cumplidos, párrafo 13, título 25, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 17, Partida 6: esta era la edad que escusaba de todo cargo público, sin distincion entre el ya admitido y por admitir, ley 2, párrafo 7, título 5, libro 50 del Digesto.

Es difícil dar una razon convincente para justificar la diferencia de edad introducida por los Códigos modernos para escusarse y descargarse de la tutela, y ha parecido bastante para ambos casos la de sesenta años, tanto porque comienza á sentirse en ella la necesidad de descanso, como porque las cosas del menor estarán mejor administradas por otro.

La senectud y la paternidad, son las dos únicas dignidades naturales: *Dignitas senum canities*:: *Coram cano capite consurge*, *et honora personam senis*, *dice la Escritura*: *credebant hoc grande nefas, et morte piandum, si juvenis vetulo non assurrexerat*, dijo Juvenal, Sátira 13, verso 14: en los felices dias que atravesamos, ¿qué hombre de valer hace caso de tales ridiculeces y ranciedades?»

Número 8. El artículo 435 Frances exige dos tutelas para escusarse de la tercera: al esposo ó padre basta una: lo mismo el 357 Napolitano, 231 de Vaud, 434 Holandes, número 5, y 318 de la Luisiana; 294 y 295 Sardos, pero se exige que el esposo, tenga hijos ó descendientes menores bajo su potestad.

Por Derecho Romano eran necesarias tres tutelas ó curadurias para escusarse de la cuarta, *ut tamen plurium pupillorum tutela*, *vel cura eorumdem bonorum*, *veluti fratrum*. *pro una computetur*, párrafo 5, título 25, libro 1, Instituciones: la ley 2, título 17, Partida 6, decia simplemente: «Tres guardas de huérfanos.»

Segun el artículo basta una sola sin distinguir si es grande ó pequeña: en el primer caso bastaba tambien una sola segun la ley 31, párrafo 4, título 1, libro 27 del Digesto; en el segundo no bastaban las tres, ley 15, párrafo 15.

¿Por qué se han de imponer á uno simultáneamente dos cargas de una misma especie? ¿No gana el mismo menor con un tutor para él solo? ¿Por qué entrar en el odioso exámen de las facultades ó patrimonio del menor?

De otra persona. En Derecho Romano no se contaban las tutelas por el número de huérfanos, sino por el de sus patrimonios, pues que en este caso era mas difícil y engorroso llevar y rendir las cuentas: así, la tutela de tres hermanos, cuyo patrimonio continuaba indiviso, era reputada por una sola; y por tres en el caso contrario; leyes 3 y 31, párrafo 4, título 1, libro 27 del Digesto.

Esta doctrina era mas importante en aquel Derecho, y lo es en los Códigos modernos que exigen mas de una tutela para escusa.

Atendido nuestro artículo, solo puede cuestionarse: *cuando el padre ó madre nombrase un tutor para todos sus hijos, y la herencia se dividiere, ¿podrá á virtud de esto escusarse de la tutela de los demas por quedarse con la de uno de ellos?*

Yo no admitiria la doctrina Romana en este caso, porque haria ilusorio nuestro artículo 179, en que se concede espresamente la tal facultad al padre y madre. ¿De qué serviria aquel artículo, no pudiendo evitarse, ni aun retardarse la particion de herencia, sobre todo cuando uno de los hijos es mayor de edad, ó hay mejoras á favor de uno de ellos ó de un estraño?

El patrimonio no se aumenta por la division ó particion, y el trabajo de llevar cuentas separadas no es de tanta consideracion, que haya de defraudarse la voluntad paterna sobre que la educacion de todos sus hijos corriera á cargo de la persona que mereció su confianza.

Los escusados: de la tutela anterior: cesando la causa, cesan sus efectos: *gentium præsidatus tribuit immunitatem, quoad in præsidatu sunt*, ley 6, párrafo 14, título 1, libro 27 del Digesto.

El Código Frances, artículo 432, trasladado al 291 Sardo, 334 Napolitano y 433 Holandes, admite una escusa omitida en nuestro artículo. «El que no es pariente, ni afin del menor no puede ser compelido á aceptar una tutela sino cuando á la distancia de cuatro myriámetros (siete leguas y un quinto) no existan parientes, ni afines en estado de ejercer la tutela.»

El 315 de la Luisiana, sin hablar de distancias, exime absolutamente de la tutela al que no tiene parentesco, ni afinidad con el menor.

El 228 de Vaud va mas allá en punto á distancias: «Nadie puede ser compelido á aceptar una tutela fuera de su distrito»: en el artículo 173, he notado lo que sobre distancias, para el efecto de administrar los bienes, habia en Derecho Romano.

El silencio de nuestro artículo dará ocasion á una duda que puede tener tambien lugar en el Frances y los que le siguen; y yo me admiro de que no se haya suscitado.

Supongamos que la tutela recae en persona domiciliada á gran distancia del menor, por ejemplo, en otra provincia. La distancia no la escusa; tampoco está obligada á trasladarse al domicilio del menor, antes bien este sigue el de su tutor, artículo 42.

Por lo dispuesto en el capítulo 6, el Alcalde del domicilio del menor debe convocar el consejo de familia; pero es claro que este no puede funcionar á tan gran distancia despues de admitida la tutela: ¿qué se hará en este caso?

En la necesidad de que haya de haber consejo, y en la imposibilidad de que el primeramente convocado funcione á tan larga distancia, yo no encuentro otra salida, sino que el Alcalde del domicilio del tutor, y por consiguiente del nuevo del pupilo, convoque otro consejo por las reglas establecidas en el mencionado capítulo 6.

ARTICULO 211.

El que, teniendo escusa legítima, admite la tutela ó pro-tutela, se entiende que renuncia á la exencion que le concede la ley.

438 Frances mas apretante, pues ordena que, estando presente el tutor á la deliberacion en que es nombrado, proponga acto continuo sus escusas, y en otro caso no le sean admitidas; 360 Napolitano, 298 Sardo, 234 de Vaud; el 435 Holandes señala ocho dias para proponer las escusas al tutor presente á su nombramiento; ó si no, desde que se le notificó. El Derecho Romano señalaba indistintamente 50 dias si el tutor no distaba mas de cien millas; estando á mayor distancia, se añadia un dia por cada veinte millas, pero nunca podian bajar los dias de 50, ley 2, título 63, libro 5, y 1, título 43, libro 10 del Código, *redire ad excusationem, quam reliquerunt, non possunt*, párrafo 16, título 25, libro 1, Instituciones, y ley 4, título 17, Partida 6.

Que renuncia: y no le aprovechará la ignorancia, porque ha de ser ó de derecho, ó de hecho propio, y ninguna de las dos es admisible. La admision de la tutela puede ser no solo espresa sino tácita, por no poner las escusas en los términos ó plazos de los artículos 213, y 214.

ARTICULO 212.

Las escusas se han de proponer ante el consejo de familia.

El mismo artículo 438 Frances y demas citados en el anterior, salvo que los de Vaud, Holanda, y 319 de la Luisiana atribuyen el conoci-

miento sobre las escusas al Juez, y ante él deben ser propuestas, porque el es quien hace el nombramiento de tutor: asi estaba tambien dispuesto por Derecho Romano y Patrio, el mismo párrafo 16 Romano y ley 4 de Partida citados en el artículo anterior.

La saludable intervencion que se da al consejo en todo lo concerniente al menor, y que tanto debe influir para crear ó avivar el espíritu de familia, aconseja la disposicion de este artículo, porque no debe acudirse al Juez sino en estrema necesidad.

Las escusas: y si el tutor tuviere dos ó mas, debe proponerlas todas á un tiempo, ley 13, párrafo 8, título 1, libro 27 del Digesto, para evitar al menor dilaciones y perjuicios, que en último resultado pueden alcanzar al mismo tutor: pero aunque proponga muchas, claro es que le bastará probar una sola.

ARTICULO 213.

El tutor y el pro-tutor deben proponerlas en la primera reunion del consejo á que asistan, sopena de no ser oidos despues.

No asistiendo al consejo deben proponerla dentro de diez dias desde que supo el nombramiento, y un dia mas por cada seis leguas de mayor distancia, para lo cual deberá pedir que se convoque el consejo de familia.

438 y 439 Franceses, 560 y 561 Napolitanos, 298 Sardo: vé las otras citas en el artículo 211.

No asistiendo al consejo: deberá pedir que se convoque. Esto sucederá ordinariamente con el tutor testamentario y legítimo que, aun en el caso de no escusarse, están igualmente obligados á pedir la convocacion segun el artículo 187.

Puede tambien hallarse en igual caso el tutor dativo si fué nombrado el que no era vocal del consejo, ó el que, siéndolo, se hizo representar por apoderado especial segun el artículo 197: vé lo espuesto en el artículo 211 á las palabras «Que renuncia».

Desde que supo. Si el tutor es dativo, y no asistió al consejo, deberá hacérsele saber de oficio, y desde que asi lo sepa, le correrán los diez dias.

El testamentario y legítimo tienen que pedir la convocacion del consejo segun el artículo 187, y podrá este no reunirse dentro de diez dias. Si no se reune, es imposible proponer las escusas: habrán pues de correr los diez dias desde la reunion, si no asisten á ella, ó á otra sesion que se celebre, antes de espirar dicho término.

ARTICULO 214.

Si las causas de escusa sobrevienen á la admision de la tutela, ó pro-tutela, deberán proponerse ante el consejo dentro de los diez dias desde que el tutor ó pro-tutor tuvieren conocimiento de ellas: pasado este término no serán oidos.

Primera parte del 431 Frances, aunque habla solo de las escusas por razon de la dignidad, ó funciones públicas, como las de los números 1, 2 y 3 de nuestro artículo 210, y señala un mes al tutor para hacer convocar el consejo y pedir en él su reemplazo; 353 Napolitano, 290 Sardo, 333 de la Luisiana.

En Derecho Romano habia alguna escusa que, sobreviniendo á la admision de la tutela, no libraba de ella, pero sí de la posterior: un ejemplo de esto se encuentra en la ley 11, párrafo 2, título 4, libro 4 del Digesto, pero la regla general y comun á todas las escusas era la consignada en nuestro artículo, porque en todas milita la misma razon. Si cuando cesan las escusas anteriores cesan todos sus efectos segun la disposicion final del artículo 210, natural es que las posteriores los surtan todos desde que existen, y liberten aún de la tutela admitida.

No serán oidos: vé la remision que al fin del artículo anterior hago al 211. En Derecho Romano era cuestionable, si el término de los cincuenta dias para proponer las escusas regia solo en las anteriores á la admision de la tutela, y no en las posteriores; nuestro artículo corta esta cuestion, que podia tambien suscitarse en el Derecho Patrio.

ARTICULO 215.

Cuando el consejo deseche las escusas, podrá el interesado recurrir, dentro de diez dias, al tribunal de primera instancia, el cual decidirá con audiencia del consejo, y contra su providencia no se admitirá recurso alguno.

440 Frances, salvo que no fija término para recurrir al Juez, ni niega que se apele del fallo; y ademas establece que, durante el litigio, esté obligado el tutor á administrar provisionalmente; 362 Napolitano, 210 Sardo, 433 Holandes, 236 de Vaud, y en parte el 320 de la Luisiana.

Nada hay sobre esto en el Derecho Romano y Patrio, pues no conocieron el consejo de familia. En el artículo 111 he dicho en que términos habian de proponerse las escusas; ahora añado que el juicio so-

bre ellas debia fenecerse dentro de cuatro meses desde que principió á correr el término para proponerlas, ley 38, título 1, libro 27 del Digesto, y 4, título 17, Partida 6.

Recurso alguno: tanto esto, como lo del término de diez dias, estarian quizá mejor en el Código de procedimientos: si se ha puesto aqui, ha sido para dar á entender que se considera este negocio como urgente y de conocimiento sumario.

El caso de este artículo se fenece en el tribunal de primera instancia, porque no queda lastimada la opinion del tutor; en el 205 quedará á salvo la apelacion al tribunal superior por la razon contraria.

ARTICULO 216.

Durante el juicio de escusa, el que la proponga está obligado á ejercer su cargo; no haciéndolo asi, el consejo de familia nombrará persona que le sustituya, quedando el primero responsable de la gestion del sustituto, si fuere desechada la escusa.

Vé los artículos estranjeros citados en el anterior.

Por Derecho Romano el tutor no podia ser compelido á administrar durante el juicio de escusas, y el Juez daba entretanto un curador al huérfano, ley 17, párrafo 1, título 1, libro 49; pero, si en último resultado, eran desechadas sus escusas, tenia la misma responsabilidad que se le impone en nuestro artículo, *quia non videtur levis culpa contra juris autoritatem mandatum tutelæ officium detrectare*, ley 39, párrafo 6, título 7, libro 26 del Digesto, y 1, título 63, libro 5 del Código. Nuestro Derecho Patrio calló sobre esto: pero la disposicion Romana encierra tan notoria equidad y justicia, que ha venido á ser de jurisprudencia universal, y se sobreentendió en nuestras leyes. De parte del tutor hubo error ó malicia en alegar una escusa falsa, ó insuficiente; sobre él deben recaer las consecuencias de su error, ó malicia, porque en este caso *ipso jure tutor fuit*, ley 51, al principio, título 1, libro 27, y la ejecutoria, admitiendo ó desechando las escusas, se retrotrae al tiempo del nombramiento: en mano del tutor está libertarse de esta responsabilidad, admitiendo la tutela con protesta.

El consejo nombrará: á semejanza de lo dispuesto en el artículo 209, para evitar que la persona y bienes del menor queden abandonados.

ARTICULO 217.

El tutor testamentario, que se escusase de la tutela, quedará sujeto á lo que dispone el artículo 618.

Vé lo espuesto en el artículo 618, á que se refiere.

CAPITULO IX.

De la administracion de la tutela.

ARTICULO 218.

El tutor cuidará de la persona del menor, y la representará en todo acto civil.

Primera parte del 450 Frances, 373 Napolitano, 311 Sardo, que á imitacion de la ley 28, párrafo 4, título 37, libro 5 del Código, exige del tutor juramento previo ante el juez que ejercerá la tutela bien y fielmente; 327 de la Luisiana, 441 Holandes, 246 de Vaud.

«*Tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli præponitur. Generaliter, quotiescumque nom fit nómine pupilli quod quivis pater familias idoneus facit, non videtur defendi. A tutoribus eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide præbere debet;*» leyes 12, párrafos 3 y 10, y 33, título 7, libro 26 del Digesto.

Tutoris præcipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat, ley 30, y en la 1, párrafo 2, se trata mas largamente de representarle y defenderle en juicio: igualmente en la 28, título 37, libro 5 del Código.

Las leyes 15 y 16, título 16, Partida 6, copian estas y otras leyes Romanas sobre las obligaciones del tutor acerca de las cosas y persona del huérfano, su educacion, alimentos, etc: la ley 17 dice: «El guardador en nome del huérfano deve demandar é defender el derecho del en todo pleyto quel moviesse ó le fuesse movido en juicio.» la 9 prescribe el mismo juramento que la ley Romana y el Código Sardo.

De la persona. El tutor se da primariamente á la persona, que es lo principal y mas noble en la tutela; secundariamente á las cosas en cuya buena administracion tanto interesa la misma persona. El artículo contiene un precepto ó máxima general que se desenvuelve ó restringe y aplica en los siguientes sobre ambos á dos objetos.

Le representará, etc. Asi todos los actos civiles concernientes al menor, por ejemplo, los contratos, se celebrarán en nombre del tutor, salvos los puramente personales como el matrimonio y otros.

El artículo 344 de la Luisiana se espresa con mayor claridad: «El tutor gestiona y administra solo: todos los actos se hacen por él y en su nombre sin el concurso del menor.»

Igual es el espíritu de nuestro artículo, y con esto se destierra el

título 21 de las Instituciones Romanas, bastante inútil sobre engorroso, aun en aquel derecho, con los correspondientes del Código y Digesto.

ARTICULO 219.

El menor debe obediencia y respeto al tutor, y este podrá corregirle moderamente.

Si no bastase la correccion moderada, el tutor deberá ponerlo en conocimiento del consejo de familia, que tendrá en este caso la facultad que concede al padre el artículo 147.

Su segundo párrafo viene á ser el artículo 468 Frances, pero el nuestro es mas esplícito y filosófico por su primer párrafo que da naturalmente por consecuencia el segundo: siguen al Frances el 391 Napolitano, 315 Sardo, 442 Holandes: el 231 Prusiano concede al tutor sobre el menor los derechos del padre y de la madre.

Obediencia y respeto: porque el tutor hace las veces de padre: artículo 217 Austriaco y el 314 Sardo, que concede al menor el derecho de recurrir al consejo de familia, si el tutor abusa de su autoridad.

Corregirle moderadamente: el tutor que tiene la obligacion de educar bien al menor, debe tener tambien algunos medios para que se consiga aquel objeto.

Que tendrá en este caso. Si el consejo se niega á usar de su facultad y desatiende las quejas, podrá el tutor acudir al Juez para que dirima el conflicto oyendo al consejo. La intervencion de este es útil al menor; pero no debe ser absolutamente necesaria su autorizacion para recurrir al articulo 147: segun lo dispone el Código Frances, el tutor, responsable de la educacion, debe tener espedita la reclamacion contra la irracional resistencia del consejo.

ARTICULO 220.

El menor debe ser alimentado y educado con arreglo á su clase y facultades.

Está comprendido en el 454 Frances, 377 Napolitano, 328 Sardo, 446 Holandes, 343 de la Luisiana, mas claro y conciso que los anteriores, segun lo está el nuestro.

«*Modum autem patrimonii (Prætor) spectare debet, cum alimenta decernit et debet statuere tam moderate, ut non universum patrimonii reditum in alimenta decernat, sed semper sit, ut aliquid ex reditu supersit. Si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, diminui debent quæ decreta sunt: quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio eccesserit;*» toda la ley 3, título 2,

libro 27 del Digesto: casi lo mismo se lee en la ley 20, título 16, Partida 6.

A su clase y facultades: pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituit, ley 5, párrafo 3, titulo 7, libro 26 del Digesto. Es regla general en materia de alimentos, salva siempre la voluntad de las partes, si se deben por contrato, y la del testador, si se deben por testamento: vé los artículos 71 y 694.

ARTICULO 221.

Cuando el tutor entra en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia fijará la cantidad que ha de invertirse en los alimentos y educacion del menor, sin perjuicio de alterarla segun el aumento ó disminucion de su patrimonio y otras circunstancias.

Por iguales consideraciones podrá el consejo modificar el señalamiento que para este objeto hubieran hecho el padre ó la madre.

La primera parte de nuestro artículo está en los estranjeros citados en el anterior, salvo que el Holandes deja el señalamiento al Juez, y lo mismo se ordena en las leyes 3 Romana y 20 de Partida citadas, como que no conocieron el consejo de familia.

Sin perjuicio de alterarla, etc. Los artículos estranjeros no hacen esta reserva tan razonable y en algunos casos necesaria, aunque entiendo que no está en su espíritu rechazarla: ha sido tomada de la ley Romana.

Por iguales consideraciones: Tampoco se halla en los Códigos estranjeros: es conforme á la ley 2, párrafo 3, título 2, libro 27 del Digesto, *nisi forte pater ultra vires facultatum (alimenta) statuerit*: así lo exige el interes del menor, y por lo tanto debe presumirse que así lo quiso el mismo padre.

ARTICULO 222.

El tutor deberá oir al consejo de familia sobre la carrera ú oficio que haya de darse al huérfano, cuando el padre ó la madre no se la hayan dado, y para variar la dada por estos.

Si las rentas del menor no alcanzan á cubrir los gastos de sus alimentos y educacion, el consejo de familia decidirá si ha de ponérsele á oficio ó adoptarse otro medio para evitar la enagenacion de sus bienes.

Nada hay espreso acerca de esto en el Código Frances, ni en otros: el artículo 11 Bávaro, libro 1, *De la tutela*, solo dice que, en punto á la educacion, respete el tutor la voluntad del padre cuando la haya espresado: lo mismo el 301 Prusiano, añadiendo que la eleccion del oficio que ha de darse al menor, debe ser autorizada por el tribunal. Pero el

342 Sardo viene á disponer lo que el nuestro: «El consejo de familia podrá deliberar sobre el lugar en que debe ser criado el menor, y sobre la educacion que convenga darle: el menor será oido siempre.»

Por Derecho Romano se respetaba comunmente en esto la voluntad del padre, si no habia justas causas para lo contrario; *non nunquam á voluntate patris recedit Prætor : præsentibus cæteris propinquis.*

Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur: in primis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituit, ley 12, párrafo 3, título 7, libro 26 del Digesto. *Non solum alimenta pupillo præstari debent, sed in studia, et in cæteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum,* ley 6, párrafo 5, título 10, libro 37, y 4, título 2, libro 27 del Digesto; en la 3 se dice: *Idem ad instructionem quoque pupillorum vel adolescentum: respectu facultatum et ætatis eorum, qui instruuntur*; y la citada 4, el tutor es obligado por el magistrado á instancia de los parientes á dar á la *pupila* una educacion liberal, y á pagar maestros, *ut liberalibus artibus instruatur* ; la ley 16, título 16, Partida 6, resume bellamente estas leyes Romanas: «Despues desto devel poner que aprenda, é use aquel menester que mas le conviniere.»

Deberá oir, *etc.* La carrera ú oficio es tal vez el punto de mayor interes y trascendencia en toda la vida del menor, y merece por tanto la intervencion del consejo de familia; pero repito lo espuesto en el artículo 219; si hubiere desacuerdo entre el tutor y el consejo, corresponderá al juez dirimirlo.

Para variar: pueden haber variado bajo mil conceptos las circunstancias, en cuya consideracion dieron el padre y madre tal carrera, ú oficio: en este, como en el artículo anterior, el mejor estar del menor debe ser la regla y blanco del tutor y consejo de familia, como del Juez en caso de conflicto.

Si las rentas, etc. Segun el prudente encargo de la ley Romana citada en el artículo 220, no deben señalarse para alimentos del menor todas sus rentas, y ha de procurarse que quede, como en reserva, algun sobrante de ellas: la ley 20, título 16, Partida 6, encarga tambien que no se toque para los alimentos al capital ó bienes del menor, si fuese posible.

Mas puede ocurrir que, ó el menor carezca absolutamente de rentas, ó que estas no alcancen para los alimentos y gastos de educacion.

En el primer caso, es de absoluta necesidad la aplicacion de este artículo, porque el menor ha de vivir, y el tutor no está obligado á darle alimentos de sus bienes personales.

El segundo caso ofrecia dudas sobre si podria tocarse al capital de menor para cubrir lo que faltaba en las rentas con peligro de reducirle paulatinamente por este camino á la pobreza, ó si convendria dedicarle á algun oficio para subvenir asi á los alimentos, y conservar el capital.

Este caso dudoso entre los autores, y bastante comun en la práctica, no podia pasar desapercibido yquedar indeciso como hasta aqui: nuestro artículo lo prevee, y como su decision ha de pender de circunstancias, la deja al Juez natural y mas competente, que es el consejo de familia.

ARTICULO 223.

Todo tutor, antes de entrar en el ejercicio de su cargo, asegurará con hipoteca las resultas de la administracion, segun se ordena en los títulos XIX y XX, libro III de este Código.

Vé los artículos 1787, número 7, 1790 y el capítulo 3 del título 20.

ARTICULO 224.

El tutor está obligado á formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del menor en el término que el consejo de familia le asigne, y con intervencion del pro-tutor; ésta obligacion no podrá sér dispensada por nadie.

Es la primera parte del 451 Frances, que no habla de término, ni del consejo de familia, ni de si es, ó no indispensable la obligacion de hacer inventario; 374 Napolitano, 247 de Vaud, 329 de la Luisiana, 444 Holandes con alguna variacion: el 316 Sardo señala un mes para la conclusion del inventario, pero autoriza al consejo para prorogar el término, cuando las circunstancias lo exijan.

Tutores vel curatores mox quam fuerint ordinati, sub præsentia publicarum personarum inventarium rerum omnium et instrumentorum solemniter facere curabunt, ley 24, título 37, libro 5 del Código.

No hay ley Romana que señale término para principiar y concluir este inventario, al que de ningun modo podia aplicarse el señalado á los herederos, que se aprovechaban de este beneficio para aceptar la herencia; quedaba pues el señalamiento al prudente arbitrio del Juez; pero debia ser muy breve, porque hasta haber hecho el inventario no podia el tutor ejercer su cargo sino en lo que no admitiese la menor dilacion, leyes 7 al principio, título 27, libro 26 del Digesto, 24, título 37, libro 5 del Código, y otras.

La ley 15, título 16, Partida 6, ordena lo mismo: «Luego (que es el *mox* Romano) ante que otra cosa fagan, deven fazer escrito de todos los bienes del mozo, etc., por alguno de los Escrivanos públicos;» pero tampoco precisa el término para principiarlo y concluirlo.

Nuestro artículo lleva al Sardo la ventaja de que el consejo señala desde luego el término habida consideracion á la cantidad y situacion del patrimonio en uno ó mas lugares. ¿Por qué ha de tener un mes, si basta menos tiempo? ¿A qué la molestia y dilacion de convocar nuevamente el consejo, si es necesario mas de un mes? ¿No es mejor señalarlo desde luego, cuando se nombre el tutor, ó se le reconozca segun los artículos 184 y 187?

El inventario, sobre todo en las cosas muebles, debe ser muy circunstanciado para que no pueda sustituirse una mala ó de menos valor á otra buena ó mas preciosa, como para otro caso menos favorable se previene en la ley 7, título 49, libro 29 del Código.

No podrá ser dispensada: artículo 322 Sardo. Por Derecho Romano podia el testador remitir al tutor la formacion de inventario público y solemne, para no descubrir el estado del patrimonio: el menor pobre podia ser objeto de desprecio, y el opulento de envidia, ley 13, párrafo 1, título 51, libro 5 del Código, con la 2, título 50 del mismo libro, y la 2, título 34, libro 10; pero no podia remitirle una descripcion privada y exacta de los bienes.

Los motivos de esta distincion no satisfacen: todo el que está obligado á la devolucion de bienes, debe hacer inventario, y el menor no puede ser de peor condicion que el propietario mayor de edad: la descripcion privada no ofrece las garantias que el inventario público y solemne: la dispensa de este convidaria á delinquir: vé lo espuesto en el artículo 449, y en el número 2 del 203.

¿Se admitirá prueba al tutor contra lo resultante del inventario? La ley 120, título 18, Partida 3, se la negaba y tambien la 13, título 51, libro 5 del Código; *non esse aliud inspiciendum nisi id quod scripserit; cum nemo tam simplex, imo stultus, inveniatur, ut in publico inventario aliquid scribi contra se patiatur.*

«Tal contradecimiento (del tutor) non sea cabido, nin vala, magüer quisiese probar lo que dize.»

Y sin embargo, los intérpretes de estas dos leyes opinaron comunmente por admitir al tutor la prueba de un error justo y de hecho, pues que se admite contra la propia confesion hecha en juicio segun el artículo 1231; y toda la fuerza del inventario se reduce á esta.

Los ejemplos, que en apoyo de su opinion aducen, son de tan notoria equidad y justicia, que no puedo menos de opinar como ellos; *pero la Seccion solo admitió al tutor la prueba instrumental.*

ARTICULO 225.

El tutor está obligado á inscribir en el inventario el crédito que tuviere contra el menor.

El escribano estará obligado á requerirle para ello, haciéndolo constar en el inventario; y en otro caso incurrirá en la multa de veinte y cinco duros.

El tutor perderá su crédito si, requerido por el escribano, no lo inscribe en el inventario.

Segunda parte del artículo 451 Frances que calla sobre la multa, y demas que le siguen citados en el artículo anterior.

Por Derecho Romano el acreedor del menor no podia ser tutor: vé lo espuesto en el número 8 del articulo 202.

Sin la disposicion de este artículo podria un tutor de mala fé hacer revivir una deuda ya estinguida, si advirtiera despues de hecho el inventario que no se habia encontrado la carta de pago dada por el mismo. El miedo de que se haga patente su mala fé le contendrá, y por lo tanto le debe requerir desde luego, ó cuando haya de procederse á inventariar los papeles; esta disposicion como escepcional es *stricti juris*, y no comprende al pro-tutor.

Perderá su crédito, si requerido: luego lo conservará, si no se le requiere, porque no tiene igual obligacion que el escribano de saber la disposicion especial del derecho en este punto, y cesa la presuncion de mala fé: vé el artículo 242.

Si el tutor es deudor del menor deberá tambien declararlo para los efectos del número 8, artículo 202; no haciéndolo asi, estará en el caso del número 2, artículo 205.

ARTICULO 226.

Los bienes que el menor adquiera despues, se inventariarán con la misma solemnidad.

Porque el tutor tiene respecto de ellos las mismas obligaciones y responsabilidad.

ARTICULO 227.

Si el padre ó madre del menor ejercian algun comercio ó industria, el consejo de familia decidirá si han de continuarse ó no, á menos que aquellos hubiesen dispuesto algo sobre este punto; en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca graves inconvenientes á juicio del consejo.

La ley 58, título 7, libro 26 del Digesto, ordena que el tutor conti-

núe *negotiationem quam pater exercebat,* si este lo dispuso así en su testamento; y los autores convienen en que puede, pero no está obligado á continuarla, aunque el testador no lo haya dispuesto. Obra por un lado la consideracion de que no debe gravarse demasiado al tutor, y que tal vez carezca este de los conocimientos especiales necesarios para el ejercicio de la industria ó comercio; por otro la de que no es prudente dejar espuestos los intereses del menor á los azares y peligros inseparables del comercio.

La intervencion del consejo de familia es el único medio prudente y posible de promover ó asegurar los intereses del menor, haya ó no dispuesto el padre la continuacion, como se hace en los casos de los artículos 221 y 222.

ARTICULO 228.

Cuando resultase sobrante en el patrimonio alguna cantidad considerable de dinero, despues de cubiertas todas las atenciones y cargas de la tutela, el consejo de familia determinará el empleo que haya de dársela en beneficio del menor.

Si por omision ó culpa del tutor no se emplease el dinero sobrante, responderá de sus intereses legales.

455 y 456 Franceses, que, despues de la determinacion del consejo de familia, conceden todavía al tutor el término de seis meses para realizar el empleo del sobrante; 378 y 379 Napolitanos, 329 y 330 Sardos. El 341 de la Luisiana impone directamente al tutor la obligacion de emplear el sobrante cuando este llegue á quinientos duros: segun el 449 Holandes, el sobrante debe ser de la cuarta parte de las rentas del menor, y se ha de emplear precisamente en la compra de inscripciones sobre el gran libro de la deuda nacional, ó de bienes inmuebles, ó de obligaciones que den interes y estén hipotecadas sobre inmuebles de un valor doble.

Si tutor constitutus:: intra sex primos menses pupillares pecunias non collocaverit, ipse in usuras pecuniæ, quam non fœneravit, convenitur, ley 15: «*Si pecunia sit, quæ deponi possit, curare, ut deponatur ad prædiorum comparationem,*» ley 3, párrafo 2, título 7, libro 26 del Digesto: en la 24, título 37, libro 5 del Código, se manda primeramente *ut prædia idonea comparentur,* y solo á falta de fincas idóneas, se dé el dinero á interes, *usurarum, quarum exactio ad periculum tutorum pertinet.* Mas por la Novela 72, capítulo 6, y 7, cumple el tutor con guardar bien el dinero del pupilo, y solo está obligado á emplearlo cuando consista en el todo el patrimonio, ó no tenga el pupilo otras rentas de qué mantenerse.

Nuestras leyes callaron sobre este punto; pero nuestros mas célebres

jurisconsultos admitieron la doctrina Romana, y la práctica llegó á sancionarla por beneficiosa al menor, y porque un diligente padre de familia no suele tener su dinero ocioso.

Resultare sobrante: bien sea en el caso del artículo 221, ó en cualquier otro: la razon es la misma en todos los casos: el dinero ocioso no produce.

El empleo: determinándolo específicamente; por ejemplo, si ha de hacerse en compra de fincas, acciones, papel del Estado, etc., ó ha de colocarse á interés.

El Derecho Romano, que no reconocia pro-tutor ni consejo de familia, señalaba el término de seis meses; y el Código Frances, á pesar de reconocer uno y otro, lo ha seguido: nosotros lo habemos creido inútil, porque, ó lo señalará el mismo consejo, ó su celo y el del pro-tutor alejará toda dilacion perjudicial.

De todos modos cesará la responsabilidad del tutor á los intereses, cuando sin culpa ú omision suya no haya podido realizarse el empleo, ley 12, párrafo 4, título 7, libro 26 del Digesto, á no ser que en el mismo tiempo haya empleado útilmente su dinero, ley 13, párrafo 1, del mismo título: y no es necesario advertir que si el tutor lo aplicó á usos propios, no solo deberá los intereses legales, sino que responderá de los daños y perjuicios, leyes 7, párrafo 11, y 58, párrafo 1, título 7, libro 26 del Digesto, como se dispone para el mandatario en el artículo 1615.

ARTICULO 229.

El Consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enajenar ó gravar los bienes inmuebles del menor, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

Son el 457 Frances, que prohibe tambien al tutor que tome prestado en nombre del menor, y para la autorizacion de la venta de inmuebles requiere que el tutor haga constar que no bastan el dinero, muebles y rentas del menor: pero esto va embebido, sin necesidad de espresarlo, en las palabras *absoluta necesidad*: 451 y siguientes Holandeses, y no permiten la venta por precio inferior al de la tasacion judicial; 331 y 374 Sardos, 334 y siguientes de la Luisiana, con la prevencion de que no puedan ser adjudicados por menos del precio de la estimacion del inventario; 253 de Vaud: de estos Códigos unos requieren simple y llanamente la autorizacion judicial; otros, que el juez no la conceda sin oir á los parientes del menor: otros, en fin, como el Frances, Sardo y Napolitano, lo que se dispone en nuestro artículo.

Por Derecho Romano estaba prohibido al tutor enagenar sin auto-

rizacion judicial, no solo los inmuebles, sino los muebles preciosos *quæ servando servari possunt*, ley 22, título 37, libro 5 del Código: habia de probarse absoluta necesidad, y no bastaba la sola utilidad, ó que la finca fuese estéril ó insalubre, leyes 5, párrafo 14, y 13 al principio, título 9, libro 27 del Digesto: no era necesaria la venta en pública subasta; pero el juez debia cuidar que el dinero se emplease en el objeto de la enagenacion, dicha ley 5, párrafo 9: el tutor podia enagenar sin decreto judicial, si el padre lo habia ordenado en su testamento, ley 1, párrafo 3.

Las leyes 4, título 5, Partida 5, 60, título 18, Partida 3, y 18, título 16, Partida 6, prohiben tambien al tutor la enagenacion de los inmuebles, sino por *tan gran menester*, *que non podrian al fazer* (absoluta necesidad), ó por gran pro (evidente utilidad de los huérfanos), y con permiso judicial, debiendo hacerse la venta en pública almoneda de treinta dias.

Nuestros dos artículos y el 240 se hallan, salvo lo relativo al consejo de familia, conformes con las leyes de Partidas mucho mas perfectas que las romanas, puesto que prescriben la subasta para la venta y admiten como justa causa de ella la grande ó evidente utilidad del huérfano.

¿Se mira acaso por los intereses de este, prohibiendo absolutamente la venta de una finca estéril, peñascosa ó pestilente? La citada ley 13, título 9, libro 27 del Digesto, niega la utilidad, porque el precio será siempre proporcionado á los frutos, *pro modo fructuum pretium inventurus sit:* pero esto, aunque es comun, tiene muchas escepciones por circunstancias particulares del comprador, y sobre todo en subasta pública.

Enagenar ó gravar: la sola palabra *enagenar* significa en derecho constituir, trasladar ó remitir un derecho real, ley 10, título 33, Partida 7, tomada de la 28, título 16, libro 50 del Digesto, y este mismo significado tiene en el capítulo 2, título de la Hipoteca: no podrá, pues, el tutor remitir, sin los requisitos de estos artículos, una servidumbre correspondiente á la persona ó fincas del menor.

Bienes inmuebles: segun están definidos en el artículo 380.

Absoluta necesidad. Esta puede proceder, no solo para el pago de deudas, sino de otras justas causas, como para casar la hermana del menor, para alimentos ó reparaciones urgentes, «ó por otra razon derecha;» pero ha de ser absoluta, de modo que sin la venta del inmueble no pueda salirse de ella: «Non lo pudiendo escusar en ninguna manera;» ley 18, título 16, Partida 6.

Evidente utilidad: evidente y grande respectivamente al objeto de la venta: no basta cualquiera pequeña utilidad.

ARTICULO 230.

La autorizacion ha de recaer sobre fincas determinadas, y concederse en instrumento público, al que se unirán originales los papeles presentados por el tutor, para acreditar la necesidad ó utilidad.

La determinacion de la finca ó fincas, que hayan de enagenarse, es evidentemente útil al menor, porque no serán todas del mismo valor y provecho: las demas formalidades son necesarias para la instruccion del espediente judicial prevenido en el artículo que sigue: los mismos artículos estrangeros citados en el anterior.

ARTICULO 231.

Obtenida la autorizacion del consejo de familia, acudirá el tutor al tribunal de primera instancia para su confirmacion, oyéndose al ministerio fiscal.

Del auto confirmatorio ó denegatorio no habrá recurso alguno.

458 Frances, que habla de tribunal colegiado de primera instancia, y ordena que la sala resuelva en forma de espediente, no de pleito, y oyendo al Fiscal: 332 Sardo, 381 Napolitano.

Tribunal de primera instancia: bien sea colectivo, ó individual; y debe ser el del domicilio del menor, donde se administra la tutela, no el del lugar en que radique la finca de cuya enagenacion se trata: el domicilio del menor y administracion deciden la competencia de jurisdiccion en todo lo relativo á la tutela, y asi ha de entenderse cuanto viene dispuesto desde el capítulo 6.

No habrá recurso: porque se trata de un negocio ó arreglo de familia, y en forma de espediente, no de lo *tuyo y mio*, ó del derecho de un tercero y en forma contenciosa.

ARTICULO 232.

Cuando el tribunal confirme la autorizacion del consejo de familia, se procederá á la venta en subasta pública y judicial.

459 Frances mas minucioso en cuanto á los requisitos ó solemnidades con que debe hacerse la subasta; 382 Napolitano, 333 Sardo, 453 Holandes, 336 de la Luisiana: lo mismo se dispone en la ley 60, título 18, Partida 3: en Derecho Romano falta ley espresa que asi lo ordene.

Subasta pública: para evitar colusiones, y á fin de que la concurrencia de postores haga subir el precio de la finca: estas ventajas so-

brepujan el inconveniente de los mayores gastos inseparables de la subasta.

ARTICULO 233.

La autorizacion del consejo de familia no será necesaria, cuando la enagenacion se haga á virtud de providencia judicial y de derecho anterior de tercero, ó por espropiacion forzosa.

El 460 Frances que se limita al caso en que á instancia de un copropietario ordene el juez la subasta ó licitacion de una finca que aquel posee en comun ó por indiviso con el menor, y dispone que los estraños ó no comuneros sean necesariamente admitidos á la subasta: 383 Napolitano, 333 Sardo.

«*Ad divisionis causam provocante majore socio alienationem et sine decreto fieri jam pridem obtinuit*,» ley 17, título 71, libro 5 del Código. «*Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet: aut si creditor, qui pignori agrum á patre pupilli acceperit, jus exequetur nihil novandum censeo*,» ley 1, párrafo 2, título 9, libro 27 del Digesto.

Nuestro artículo es mucho mas lato que el Frances, y reduce á una regla general los muchísimos casos que en el mismo espíritu del artículo se hallan decididos sueltamente en el Derecho Romano.

Tales son entre otros, el del acredor hipotecario y aun personal que traba en la finca á virtud de ejecutoria; el del vendedor que usa del retracto convencional, ó del pacto llamado *de adiccion in diem* y de la ley comisoria etc., en una palabra, siempre que la enagenacion es forzosa é independiente de la voluntad del tutor, y en algunos de los casos citados, ni aun es necesaria la intervencion y providencia del Juez. Tampoco será necesaria en el caso siguiente. La finca del menor estaba legitimamente hipotecada al pago de una deuda, por ejemplo, por el padre del menor. El tutor con arreglo al artículo 245 toma prestado y paga al acreedor subrogando en su derecho de hipoteca al prestamista: la condicion del menor no se empeora, *jus prioris creditoris ad sequentem transit*, ley 7, párrafos 5 y 6, título 9, libro 27 del Digesto.

ARTICULO 234.

En todas las diligencias y actuaciones de la subasta y venta serán parte el tutor y el ministerio fiscal.

El artículo 459 Frances no exige mas que la presencia del pro-tutor, y en el acto de la subasta, pero hay otras diligencias importantes, como la tasacion de la finca, y al ministerio fiscal toca por regla general velar y defender los intereses de las personas miserables.

ARTICULO 235.

La enagenacion hecha contra lo dispuesto en los artículos precedentes sera nula.

Leyes 2, 10, 11, 15 y 16, título 71, libro 5 del Código, que hablan de la enagenacion hecha sin decreto judicial, y por lo tanto concede la revindicacion de lo enagenado. Pero, si el comprador probase, que el precio, en todo ó en parte, se invirtió en utilidad del menor, por ejemplo, en el pago de sus deudas, ó en la compra de fincas fructiferas, deberá serle abonado, porque seria inicuo que el menor se enriqueciese con detrimento ageno, leyes 7, párrafo 5, 13, título 9, libro 27 del Digesto, 14 y 16, título 71, libro 5 del Código, y párrafo 3, título 8, libro 2, Instituciones: vé los artículos 243 y 1102.

Al comprador incumbe la prueba de haberse observado en la enagenacion todas las solemnidades de derecho, leyes 13, párrafo 2, título 2, libro 6, 25, párrafo 1, título 3, libro 22, y 1, párrafo 13, título 8, libro 27 del Digesto: si el menor alegare que hubo colusion y no fué cierta la causa de absoluta necesidad, ó evidente utilidad, le incumbirá probarlo, porque en caso de duda debe presumirse buenos al Juez, tutor y consejo hasta que se pruebe lo contrario.

ARTICULO 236.

El tutor no podrá comprar por si ni por persona interpuesta la finca subastada, sin obtener autorizacion del tribunal, que resolverá sobre ello, oyendo al consejo de familia.

El párrafo tercero del artículo 450 Frances dice: «El tutor no puede comprar los bienes del menor, ni tomarlos en arriendo, á menos que el consejo de familia no autorice al tutor subrogado (pro-tutor) para otorgárselo:» le siguen el 373 Napolitano, 311 Sardo, 327 de la Luisiana, y 246 de Vaud: el 457 Holandes permite al tutor comprar el inmueble del menor en venta pública, que en este caso ha de hacerse con aprobacion del Juez sobre el parecer unánime del tutor subrogado y de los parientes ó afines del menor.

Por Derecho Romano podia el tutor comprar las cosas del menor en subasta pública, y aun de su cotutor sin ella, *tutor nihil ex bonis pupilli, quæ distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur*, ley 5, título 38, libro 4 del Código. *Ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest. Sed enim, si contutorem habeat cujus autoritas sufficit, procul dubio emere potest*, ley 5, párrafo 2, título 8, libro 26 del Digesto.

La ley 4, título 5, Partida 5, está conforme con las dos Romanas citadas, pero la recopilada 1, título 12, libro 10, le prohibe la compra pública y secreta bajo la pena del cuádruplo á mas de la nulidad.

La autorizacion del tribunal, oido préviamente el consejo de familia, aleja toda posibilidad de confabulacion en perjuicio del menor, mayormente que aun para este caso deberá observarse lo dispuesto en el artículo 234. El tutor puede tener motivos particulares para pujar, si por ejemplo la finca del menor linda con otra suya, si es de patrimonio, ó abolengo, etc.: ¿por qué privar al menor de este aumento de precio?

ARTICULO 237.

Los arrendamientos hechos por el tutor se gobernarán por lo que se dispone en el artículo 1289, respecto del marido.

Vé los artículos estranjeros citados en el anterior, que prohiben al tutor tomar en arriendo las cosas del menor sin cierto requisito: no hay disposicion especial sobre esto en Derecho Romano y Patrio; pero las leyes citadas sobre la compra son aplicables al arriendo.

El artículo habla únicamente y por simple referencia de la duracion del arriendo que de los bienes del menor haya hecho el tutor, si llega el caso de fenecerse la tutela.

Por Derecho Romano duraba, si habia sido hecho con buena fé, segun la costumbre de la tierra y por un tiempo módico: asi se deduce segun Gotofredo de la ley 8, título 7, libro 26 del Digesto, y de la 4, título 39, libro 5 del Código: el silencio de nuestro Derecho Patrio fué todavia mas absoluto, y sin embargo, se estaba en la práctica por la duracion, como por la de todos los arriendos hechos por el que estaba en algun cargo, oficio, administracion ó dignidad, sin pertenecerle sus frutos.

El artículo 1726 Sardo, dice: «Los arriendos de los bienes de los menores no pueden hacerse por mas de nueve años, sino con la autorizacion especial del tribunal:» los demas Códigos guardan un estraño silencio sobre un punto de tan frecuente uso.

Nuestro artículo se funda en la analogia y casi absoluta igualdad de ambos casos: la muger casada es, respecto de su marido, lo que un menor de edad respecto de su tutor, ó lo que un mayor respecto de su curador; lo que para el punto en cuestion viene á ser lo mismo, pues el artículo habla tambien con los curadores por lo dispuesto en el 307.

ARTICULO 238.

Será necesaria la licencia del consejo de familia para la particion de una cosa ó herencia comun, cuando la provoque otro tercero que tenga derecho para ello.

La particion ha de ser judicial, prévios el inventario y tasacion de las fincas ó bienes.

El primer párrafo es el artículo 465 Frances, 588 Napolitano, 342 Sardo, 463 Holandes, 261 de Vaud.

Conforme con las dos leyes Romanas copiadas en el artículo 233.

La comunion es ocasion de negligencia y discordias; se reputa por lo mismo odiosa, y tanto que nadie puede ser compelido á permanecer por siempre en ella, y el pacto en contrario es nulo, leyes 14, párrafo 2, y 15, título 3, libro 10, 77, párrafo 20, libro 31 del Digesto, 5, título 37, libro 3 del Código, y 1, titulo 15, Partida 6.

Pero no cuando se provoque: porque en este caso la particion ó division es forzosa y tan independiente de la voluntad del tutor, como de la autorizacion del consejo de familia: en el primer caso la particion es voluntaria por parte del tutor que la provoca, y como cosa de algun momento y que puede acarrear una enagenacion rigorosa, segun lo dispuesto en el artículo 1456, conviene á los intereses del menor la autorizacion del consejo de familia.

La particion ha de ser judicial: es decir, que ha de ser aprobada por el Juez segun lo dispuesto en el artículo 906 para la particion de herencia, pues ambas á dos cosas se gobiernan por unas mismas reglas: conviene ver los artículos 894, 895, 905 y 906.

La disposicion de este párrafo comprende tanto el caso de ser provocada la particion por el tutor con la autorizacion del consejo, como por uno de los comuneros, pues ya he observado que puede compararse con una rigorosa enagenacion.

ARTICULO 239.

Tambien necesita el tutor la autorizacion del consejo de familia para retirar un capital del menor que le está produciendo interes.

Segun el artículo 228 toca al consejo de familia determinar el empleo útil que ha de darse al dinero sobrante del menor, y el tutor responde de su negligencia en dárselo. Es, pues, consiguiente que sin autorizacion del consejo no pueda el tutor retirar el capital ya útilmente empleado. Si el deudor devolviere el capital, se estará á lo dispuesto en el artículo citado y en el siguiente 240.

ARTICULO 240.

Será necesaria la intervencion del pro-tutor, cuando los deudores del menor paguen mas de mil duros, si el pago no procede de rentas, intereses ó venta de frutos.

En este caso el tutor dará cuenta inmediatamente al consejo de familia, para que disponga lo previsto en el artículo 228.

La primera parte de este artículo tiene por objeto el mejor cumplimiento de la segunda; el tutor será mas diligente en cumplirla por temor del pro-tutor que ha intervenido el pago.

Se ha fijado la cantidad de mil duros como de alguna consideracion para que desde luego se trate de emplearla en utilidad del menor: en cantidad menor esta precaucion degeneraría en sospecha injuriosa al tutor, y seria molesta y perjudicial al deudor.

Si el pago no procede de rentas, etc.: porque este es un pago ordinario, que el consejo de familia ha tenido ya presente al cumplir con lo dispuesto en el artículo 221, y se tendrá tambien presente al cumplirse con los 257 y 258.

Exígese aquí mas para retirar un capital redituable que en el artículo siguiente para recibir en pago; porque lo primero es un acto voluntario, y lo segundo necesario: lo primero puede decidir con frecuencia de la suerte del menor, que tenga su fortuna, por ejemplo, en los fondos públicos; lo segundo no presenta este peligro.

¿Pero si uno mismo es deudor del menor y del tutor; podrá este cobrar lo suyo antes que lo del menor? Vé el artículo 1578 que con mayoria de razon debe regir en este caso.

ARTICULO 241.

El pago hecho al tutor contra lo prevenido respectivamente en los artículos anteriores no liberta al deudor, sino en cuanto el menor se haya enriquecido por ello.

Por Derecho Romano solo quedaba completamente libre el deudor que pagaba al tutor haciéndolo por sentencia judicial: si pagaba sin este requisito, podia el menor implorar el beneficio de la restitucion *in integrum*, cuando el tutor no hubiese empleado el dinero pagado en utilidad de aquel y fuese insolvente, párrafo 5, título 8, libro 2, Instituciones: lo mismo en la ley 4, título 14, Partida 5; la ley 27, título 37, libro 5 del Código, esceptuó de este rigor el pago de las rentas, intereses ó pensiones anuales, no escediendo de dos años, y de la suma de cien sueldos de oro.

Nuestro artículo anterior es menos rigoroso que el Derecho Romano y Patrio: el pago de una cantidad que no pase de mil duros, y el de los intereses, rentas ó del precio de frutos, aunque pasen, puede hacerse al tutor solo con entera seguridad y sin miedo á la restitucion *in integrum*, aunque el tutor malbarate lo pagado; para el pago de mayor cantidad basta la intervencion del protutor, medio mucho mas sencillo que el de la providencia ó sentencia judicial.

Pero si el deudor fuere condenado judicialmente al pago de mas de mil duros, podrá hacerlo con seguridad al tutor, intervenga, ó no, el pro-tutor, porque obedece á quien puede mandar, y paga por necesidad.

Si no en cuanto el menor etc.: por lo espuesto en el artículo 1102 que es un dictado de equidad natural y una regla de jurisprudencia universal: «*Jure naturæ æquum est, neminen cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem;*» 206 de *regulis juris* y 17, título 34, Partida 7.

Para decidir si el menor se ha enriquecido, se atiende ordinariamente al tiempo de la contestacion del pleito; pero si con el dinero pagado se compró una cosa necesaria al menor, se entiende ser este mas rico, aunque aquella se haya perdido antes de la contestacion, *quia tantumdem de suo perditurus erat*, si no se hubiera hecho el pago, ley 47, título 3, libro 46 del Digesto.

ARTICULO 242.

El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos contra el menor sin la intervencion del protutor, y en otro caso será nulo.

Ni en nuestro Derecho Patrio, ni en los Códigos modernos encuentro nada sobre la materia de este artículo.

Por Derecho Romano podia el tutor pagarse á sí mismo sin ninguna solemnidad ni intervencion, y si no lo hacia, habiendo dinero sobrante del menor, perdia desde entonces los intereses, caso de producirlos su crédito. *Nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia, unde solvat.*» Ley 9, párrafos 5 y 7, título 7, libro 26 del Digesto.

Esto parecia rozarse con la prohibicion general de que el tutor en un negocio propio representase al menor y á sí mismo, y con la regla de que los contratos ú obligaciones se desatan ó acaban como se hicieron: habia ademas el temor racional de que el tutor abusase de esta facultad pagándose su crédito con preferencia á otros mas gravosos al menor; y este abuso no podia ser conocido, ni remediado en el sistema Romano, sino tardiamente, hasta la rendicion definitiva de las cuentas.

Adoptado el nombramiento del pro-tutor, parece mas legal, mas

útil al menor y mas decoroso para el mismo tutor, que aquel intervenga el pago.

ARTICULO 245.

El tutor no podrá hacer préstamos del dinero del menor, ni tomarlo en nombre de este sin previa autorizacion del consejo de familia.

Sin embargo, el prestamista podrá reclamar su pago en cuanto el menor se hubiese hecho mas rico.

El 457 Frances se limita á prohibir que el tutor tome prestado en nombre del menor, dando sin duda por supuesta la prohibicion de prestar segun lo dispuesto en los artículos 454 y 455, que son los 221 y 228 nuestros: siguen al Frances el 384 Napolitano, 351 Sardo, 451 Holandes, 348 de la Luisiana: el 255 de Vaud le prohibe tomar prestado, y el 257 prestar del dinero del menor, haciéndole responsable de la solvencia del que lo recibe.

Las leyes Romanas prohibian al tutor prestar gratuitamente del dinero del pupilo, pues que le imponian la obligacion de emplear el sobrante en compra de fincas útiles, y no encontrándose fincas, de imponerlo á interes, leyes 5, párrafo 2, 5 y 15, título 7, libro 26 del Digesto, y 24, título 37, libro 5 del Código.

La prohibicion de tomar prestado era absoluta y el menor no quedaba obligado sino en cuanto se hubiese enriquecido con el préstamo; lo que regia tambien respecto de los administradores de las cosas de las ciudades; leyes 3, título 39, libro 5 del Código, y 27, título 1, libro 12 del Digesto.

En el artículo 228 he espuesto, que, á pesar del silencio de nuestras leyes patrias, la práctica y los mas célebres Jurisconsultos habian admitido la doctrina Romana sobre la obligacion del tutor á emplear útilmente el dinero sobrante del pupilo: la ley 3, título 5, Partida 5, adoptó espresamente las leyes citadas sobre préstamos hechos á menores y ciudades, es decir, á los tutores, curadores ó administradores.

El artículo permite al tutor prestar y tomar prestado con autorizacion del consejo de familia; en ambos casos el tutor diligente y de buena fé será irresponsable por estos actos, y el menor quedará obligado por ellos, sin que el mutuante ó prestamista haya de probar que el menor se ha enriquecido.

Esta prueba era necesaria en Derecho Romano y Patrio, porque, no conociéndose en ellos el consejo de familia, el tutor ó curador obraban siempre por sí solos, aunque materialmente asistiese el menor: suya, pues, y privativamente suya debia ser la responsabilidad: de otro modo nada mas fácil que arruinar al menor.

Contra el consejo de familia compuesto de parientes ó amigos no cabe sospecha ni temor racional: habrá casos en que por desgracias imprevistas, para evitar la venta de una finca ó de frutos á vil precio, ó por no hacer público el mal estado de la fortuna del menor, le convenga tomar prestado; casos, en que por decoro del mismo convenga prestar con la debida seguridad.

Sin embargo el prestamista, etc. Vé lo espuesto en el artículo 241 y su referencia al 1102: es conforme á las leyes Romanas y de Partida arriba citadas.

ARTICULO 244.

El tutor no podrá admitir la herencia deferida al menor, sino con beneficio de inventario.

Para admitir ó desechar legados ó donaciones á nombre del menor, y repudiar una herencia que se le defiera, necesita el tutor autorizacion del Consejo de familia.

En el caso de no conformidad entre el consejo y el tutor, acudirá este al tribunal de primera instancia, el cual decidirá sin ulterior recurso, oyendo al ministerio fiscal y emplazado el consejo.

El 461 Frances exige ademas la autorizacion del consejo de familias: nuestro artículo la omite porque el inventario basta para garantir al menor de todo perjuicio; 584 Napolitano, 258 Sardo, 459 Holandes, 345 de la Luisiana: el 258 de Vaud ordena que el tutor se dirija al juez para aceptar ó repudiar la herencia.

En Derecho Romano el tutor admitia la herencia por el pupilo menor de siete años, y el curador por el furioso, pues que ni este, ni el infante podian hacer nada, ni aun con la autoridad del tutor ó curador, ley 5 de *regulis juris* con la 14 al fin, título 1, libro 23 del Digesto.

Los demas que tenian curador, y el pupilo mayor de la infancia, habian de admitirla por sí mismos con la autoridad del tutor ó curador, porque la aceptacion de la herencia era uno de los actos que se llamaban *legítimos*, y estos no podian evacuarse por otro, las 77 y 123 de *regulis juris*, ley 90, título 2, libro 29 del Digesto, y 5, título 30, libro 6 del Código: segun la ley 13, título 16, Partida 6, el tutor y el curador pueden admitir la herencia que ha recaido en el pupilo ó persona sujeta á curaduría: en cuanto al menor de edad, no sujeto á curador, le permite admitirla, salvo el beneficio de restitucion.

Callan ambos Derechos sobre la necesidad del inventario: ¿pero no debian hacerlo el tutor y curador de todos los bienes presentes y de los que despues recayeran en el pupilo ó menor, etc.? Vé lo espuesto en el

artículo 224 sobre las palabras *no puede ser dispensada*, y el artículo 226.

Con beneficio de inventario. Asi la herencia nunca podrá ser gravosa al menor segun lo dispuesto en el artículo 856, y por esta razon no admitimos la autorizacion del consejo de familia prescrita en el Código Frances y otros: vé los artículos 824 y 826.

Para admitir ó desechar etc. En cuanto á la necesidad de la autorizacion del consejo de familia para repudiar la herencia está conforme con los artículos estranjeros citados. Nosotros exigimos en este caso la autorizacion del consejo, porque de la repudiacion puede seguirse daño al menor, y de la aceptacion con beneficio de inventario, no:

En cuanto á la donacion, conviene nuestro artículo con el 463 Frances, 460 Holandes, 386 Napolitano, 259 de Vaud; el 340 Sardo se limita al caso en que por la donacion se imponga al menor alguna obligacion: el 349 de la Luisiana habla de donaciones, *legados* y otras ventajas, y permite lisamente al tutor que las acepte: esto mismo le era permitido por Derecho Romano y Patrio.

Las donaciones suelen ir acompañadas de cargas y obligaciones, los legados las tienen mas de una vez: el consejo de familia sabrá apreciarlas en el interes del menor.

En el caso de no conformidad, etc. No se halla este tercer párrafo en los Códigos estranjeros; mas, sobre ser útil al menor, parece necesario que haya quien dirima todo conflicto entre el tutor y el consejo, y nadie puede hacerlo mejor que el juez. «Por ome bueno se entiende el juez ordinario de la tierra;» ley 31, título 34, Partida 7, tomada de la 137, título 1, libro 45 del Digesto: la audiencia del consejo es de necesidad; la del fiscal tiene por objeto la utilidad del menor.

ARTICULO 245.

No podrá el tutor donar ó remitir cosa ó derecho que pertenezca al menor, salvo lo dispuesto en los artículos 1241 *y* 1258

349 de la Luisiana: los otros Códigos callan; sin duda por no creer necesario espresarlo, puesto que nadie puede donar de lo que no es suyo.

Donationes á tutore factæ pupillo non nocent, ley 22:: *tutoribus, concessum est:: non etiam donare*, ley 46, párrafo 7, título 7, libro 26 del Digesto. *Donandi nulla ratione res eorum, quorum administrant negotia, potestatem habent*; ley 16, título 37, libro 5 del Código: el administrador no puede donar, si la administracion se concede á ninguno *ut perdat*; ley 28, título 15, libro 2, y 7 al principio, título 5, libro 39 del Digesto. *Nec [illegible] matri pupilli vel sorori mit-*

tere, ley 15, título 7, libro 26, y 1, párrafo 3, título 2, libro 27 del Digesto: el Derecho Patrio calla, porque al hablar de donaciones, la ley 1, título 5, Partida 5, dice que solo se puede donar lo *suyo*.

En el artículo 126 de mi borrador se le permitia hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorizacion del consejo: la Seccion no lo aprobó á pesar de lo dispuesto para un caso parecido en el artículo 1259.

Salvo lo dispuesto: vé los artículos citados; son escepciones admitidas en favor del matrimonio.

ARTICULO 246.

Para todos los gastos estraordinarios ó que no sean de conservacion ó reparacion necesita la autorizacion del consejo de familia.

El artículo 322 Prusiano dice: «Al principiar la tutela se fijará una suma para las reparaciones; y el tutor no podrá escederse de ella sin la autorizacion del Tribunal. La necesidad de las reparaciones debe hacerse constar por peritos, siempre que el gasto esceda de ciento cincuenta francos.»

Por Derecho Romano y Patrio el tutor podia y debia hacer estos gastos estraordinarios, ley 22, *vers*, *nec vero domum*, título 37, libro 5 del Código, ley 15, título 16, Partida 6. Establecido el consejo de familia, y tocando á él fijar los gastos y el empleo que ha de darse al dinero sobrante, segun los artículos 221 y 228, con mas razon deben ser de su competencia los estraordinarios. El tutor deberá, sin pérdida de tiempo, hacer presente al consejo la necesidad de ellos, y, no haciéndolo así, responderá de los daños que por su negligencia se ocasionen al menor, artículo 1490: si algunos fueren de tal necesidad y urgencia que habria peligro en la dilacion, aunque momentánea, deberá proceder á ellos, sin perjuicio de la pronta convocacion del consejo.

ARTICULO 247.

Tambien la necesita para transigir y comprometer sobre las cosas ó negocios del menor.

El 467 Frances exige para la transaccion la autorizacion del consejo, el dictámen de tres jurisconsultos designados por el fiscal de lo civil, y que, con audiencia de este, sea despues confirmada por el tribunal; le sigue el 390 Napolitano, 465 Holandes: el 344 Sardo limita á dos el número de jurisconsultos: el 262 de Vaud exige simplemente para transigir y comprometer la autorizacion judicial.

«*Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest quia tutor loco domini habetur:*» leyes 54, párrafo 5, 56, párrafo 4, título 2, libro 47

del Digesto. Sin embargo, no está del todo claro este punto en Derecho Romano; la ley 46, párrafo 7, título 7, libro 26 del Digesto, le prohibe donar *vel diminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere*: por esto dicen unos, que solo puede transigir cuando el derecho del pupilo es muy dudoso; otros que, puede *si modo jus liquidum haud ambitiose remittat.*

Para ceder por la transaccion una cosa inmueble, poseida por el pupilo, era necesario decreto judicial, ley 4, título 71, libro 5 del Código; pero no cuando por la transaccion continuaba en poder del pupilo la cosa litigiosa, que ya poseia, porque en este caso no habia enagenacion; ó continuaba en poder del adversario la misma cosa litigiosa, si él la poseia, porque no debe parecer que se enagena, estando la presuncion por el poseedor; tal es la opinion de autores muy respetables, tanto españoles como estranjeros: yo no opinaria con ellos en el segundo caso.

Nuestro Derecho Patrio calló sobre este punto: asi, no tratándose de una donacion indirecta con el nombre de transaccion, y no recayendo esta sobre cosa inmueble, parece que el tutor podia transigir, pues no le estaba prohibido, y á veces lo exigiria la buena administracion y el interes del pupilo.

Transigir: la transaccion, como que recae sobre cosa dudosa, artículo 1713, es de suyo espuesta á errores, y puede serlo á fraudes: la autorizacion del consejo con las precauciones de los dos artículos siguientes podrá alejar los unos y las otras: el consejo podrá asistirse de letrados, si no los hay en su mismo seno, ó lo estima conveniente, segun la calidad y cantidad del negocio: la consulta forzada de dos ó tres letrados, y la confirmacion subsiguiente del tribunal, sin distincion de casos ó de cantidad segun los Códigos estranjeros, ha parecido innecesaria y gravosa al menor: vé el artículo 250.

Y comprometer. Los artículos estranjeros citados, salvo el de Vaud, callan sobre esto; y de su silencio se ha pretendido sacar la consecuencia que el tutor no puede comprometer ni con la autorizacion del consejo.

Pero no puede desconocerse la afinidad entre la transaccion y el compromiso, por lo que son comprendidos en un solo título 16, libro 3: el mismo laudable deseo de conservar la paz y de evitar los gastos y molestias judiciales, que conduce á transigir, conduce tambien á comprometer; y lo que se reputa útil á los mayores, no puede negarse á los menores, con la precaucion del artículo 251, porque en el compromiso pasa la decision al arbitrio y concepto de un tercero, mientras en la transaccion la hacen el tutor y el consejo por el suyo propio sobre condiciones y términos conocidos.

ARTICULO 248.

Para obtener la autorizacion de transigir, el tutor presentará al consejo de familia nota ó papel firmado de su mano, en que se espresen todas las condiciones y términos de la transaccion.

Esta precaucion, omitida en los Códigos modernos, hace innecesaria la confirmacion judicial: el consejo no autoriza vaga y generalmente para transigir, sino que sujeta á condiciones y términos que han de constar por escrito, el cual se ha de unir al original ó protocolo de la autorizacion, pues no podrá concederse esta sino en instrumento público.

ARTICULO 249.

La autorizacion del consejo de familia se concederá en instrumento público, uniéndose al original el papel presentado por el tutor al solicitarla.

Vé lo espuesto en el anterior.

ARTICULO 250.

Si la transaccion recayese sobre propiedad de bienes inmuebles ú otro derecho real, ó sobre bienes muebles cuyo valor esceda de quinientos duros, ó sean inestimables, no podrá llevarse á efecto hasta que el tribunal de primera instancia, á peticion del tutor y oyendo al ministerio fiscal, confirme la autorizacion del consejo de familia.

En cuanto á la propiedad de inmuebles, ú otro derecho real, es consecuencia del artículo 231, porque la transaccion es especie de enagenacion, pues se hace dando, reteniendo, ó prometiendo alguna cosa, ley 38, título 4, libro 2 del Código y artículo 1715.

U otro derecho real: tambien este es bien inmueble segun el artículo 380; pero se añade aquí para mayor claridad. Véase lo que en el artículo 247 he espuesto sobre el Derecho Romano y las opiniones de sus intérpretes. Yo admito que no sea necesario el decreto ó confirmacion judicial, cuando á virtud de la transaccion queda por el pupilo el inmueble litigioso en cuya posesion está, pues que realmente no hay enagenacion en este caso; pero no admito el caso contrario, porque el pupilo tiene, ó pretende tener, un derecho real del que se desprende, es decir, lo enagena por la transaccion

De 500 duros. Es ya cantidad de alguna consideracion, y merece en interes del mismo menor los gastos que puedan ocasionarse de la confirmacion.

O sean inestimables: como por su antigüedad, rareza, mérito artístico, etc.

ARTICULO 251.

La decision de los compromisarios deberá en todo caso ser confirmada por el tribunal, oyendo tambien al ministerio fiscal, y hasta entonces no será obligatoria para ninguna de las partes.

Tengo dada la razon de esto al final del artículo 247,

ARTICULO 252.

El tutor no podrá entablar demanda de mayor cuantía en nombre del menor, ni oponerse á la entablada contra este, sin la autorizacion del consejo de familia.

Para conformarse el tutor con la demanda entablada contra el menor sobre propiedad de bienes inmuebles, ú otro derecho real, cualquiera que sea su cuantía, necesita, ademas de la autorizacion del consejo de familia, la aprobacion judicial.

El 464 Frances se limita á las acciones relativas á derechos inmuebles; sin autorizacion del consejo no puede el tutor intentar demanda, ni conformarse con la intentada por otro contra el menor: 387 Napolitano, 461 Holandes, 341 Sardo, 260 de Vaud. En Derecho Romano y Patrio no se halla tal prohibicion; antes bien era obligacion del tutor promover en juicio las acciones del pupilo y defenderle, leyes 1, párrafo 2, 30, título 7, libro 26 del Digesto, 28, título 37, libro 5 del Código, 17, título 16, Partida 6, 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, y 2, título 7, libro 3 del Fuero Real. Pero en la rendicion de cuentas era responsable de los gastos y perjuicios, si habia promovido ó sostenido temerariamente un pleito; *si super vacaneam litem instituisset, cum conveniretur á vero creditore*; «ley 9, párrafo 6, título 7, libro 26 del Digesto.» *Tutores vel curatores, si nomine pupillorum calumniosas instituant actiones, eo nomine condemnari oportet; ne sub prætextu nominis eorum propter suas simultates secure lites suas exercere posse existiment*, ley 6, título 37, libro 5 del Código: ahora no habrá aquella libertad, ni su consiguiente responsabilidad.

Nuestro artículo es aún mas restrictivo que los Códigos modernos: las demandas activas y pasivas de mayor cuantía pueden merecer la atencion del consejo, y acarrear al menor tan malas consecuencias, como las de un inmueble frecuentemente de menor valor.

Para conformarse, etc. Es consecuencia de lo establecido en el artículo 231: la conformidad envolveria la enagenacion del inmueble ó derecho real, que nunca puede hacerse sin la aprobacion judicial.

ARTICULO 253.

El tutor tiene derecho á una retribucion sobre los bienes del menor, que podrá fijar el padre ó la madre en el testamento, y en su defecto el consejo de familia.

En ningun caso bajará la retribucion del 4, ni escederá del 8 por 100 de las rentas líquidas de los mismos.

El 342 de la Luisiana dice: «El tutor podrá retener por forma de comision por su trabajo y cuidados diez por ciento del importe anual de las rentas por él administradas.» El 211 de Vaud: «Se concederá al tutor una indemnizacion: el Juez de paz la regulará segun el trabajo del tutor. Sin embargo, cuando la fortuna del menor sea módica, se tendrá consideracion á esta circunst[illegible] Holandes: «El tutor no podrá llevar ninguna suma á título de salario, si no le ha sido concedida en acto de última voluntad ó auténtico:» (es decir, al ser nombrado.) El 15 Bávaro, libro 1, *De la Tutela*: «Todo tutor tendrá derecho á una remuneracion al fin de la tutela, ó á honorarios anuales, si la fortuna es considerable.» Los 266 y 267 Austriacos: «Puede concederse al tutor una retribucion que nunca pasará del cinco por ciento del producto, ni de cuatro mil florines; si la fortuna es poco considerable, puede concederse al tutor una retribucion por sus servicios cuando el pupilo llegue á la mayor edad.» El 231 Prusiano autoriza tambien al tutor para pedir remuneracion, cuando la administracion le absorve mucho tiempo ó tiene que hacer viages en el interes del menor.

He copiado todos estos artículos, porque los Códigos Frances, Napolitano y Sardo callan sobre este punto: en Francia la jurisprudencia ha admitido, que era necesaria una disposicion especial para que el tutor pueda pedir remuneracion.

Entre los romanos la tutela era por regla general un cargo gratuito; pero el testador ó magistrado, que nombraba tutor, podia en consideracion á su pobreza, ó á las grandes molestias de la administracion, señalarle un salario proporcionado á las facultades del pupilo, ley 33, párrafo 3, título 7, libro 26 del Digesto, que usa de la delicada espresion *solatium* en lugar de *salario*, *nisi ab eo, qui eum (tutorem) dat, certum solatium ei constitutum est.*

La ley 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, trasladada á la 2, título 7, libro 3 del Real, señaló al tutor la décima parte de los frutos del pupilo para estimularle á la diligencia y economía, *ut non hæc, quæ debet minoribus reservare, nimiis evertat expensis*, no en remuneracion de su trabajo: los autores entendieron la palabra *frutos* de diche

ley en el sentido del artículo 399, que equivale al de *rentas líquidas* de este 233.

El tutor: bien sea testamentario, legítimo, ó dativo.

Tiene derecho: es decir que puede exigir una retribucion, y, no habiéndola señalado el padre ni la madre testadores, podrá exigirla del consejo al ser reconocido por este, asi como el tutor legítimo segun el artículo 187, y el dativo, al tiempo del nombramiento, ó despues.

No bajará del cuatro, ni escederá del ocho. La administracion puede ser mas ó menos difícil y enojosa por lo vasto ó pequeño del patrimonio, por su situacion, calidad, y otras varias circunstancias, que el testador y consejo sabrán apreciar para hacer el señalamiento. Pero en el interes del menor y del tutor se fijan un máximo y un mínimo que ni el mismo padre podrá traspasar: la décima del Fuero era evidentemente escesiva, sobre todo tratándose de un cargo, que en su fondo es de piedad y confianza.

CAPITULO X.

De la estincion de la tutela.

ARTICULO 234.

Acábase la tutela:

1.° *Por la muerte del tutor; su separacion, ó escusa superveniente, declarada legítima.*

2.° *Por la muerte, emancipacion, adopcion, mayoría de edad, y casamiento del menor; salvo, en este último caso, lo dispuesto para con los que no hubieren cumplido 18 años.*

Por punto general todos los Códigos se hallan conformes sobre el contenido de este artículo, aunque, si se esceptúa el Prusiano, ninguno trata separadamente de esta materia.

Número 1. *Por la muerte del tutor:* la tutela es un cargo personal, artículo 173. Entiéndese muerte natural, no civil: nosotros no admitimos la segunda: lo contrario era en Derecho Romano y de Partidas, en el código Frances y otros modernos: sin embargo la interdiccion civil prescrita en el Código penal (artículo 41) estenderá sus efectos á la tutela; vé el número 5 del artículo 202 y el 4 del artículo 203.

Téngase tambien presente el artículo 332, pues si obra contra el padre ausente, debe obrar mas fuertemente contra el tutor, y se tendrá por fenecida la tutela.

En Derecho Romano, si la tutela se acababa por llegar el pupilo á la pubertad, quedaba todavia obligado el tutor á continuar y fenecer

los negocios principiados; igual obligacion tenian los herederos del tutor, muriendo este antes de la pubertad del pupilo.

Atendida la nueva forma ó planta de la tutela, no creo aplicables estas doctrinas: tras la pubertad venia la menor edad, y casi en nada se cambiaba la posicion legal de la persona: ahora el menor, al salir de la tutela, se hace mayor de edad y capaz de administrar.

El cargo de pro-tutor y la obligacion, que se le impone en el número 3 del artículo 188, ocurren al segundo caso: sin embargo, si el negocio principiado por el tutor difunto fuese tal que se siguiesen perjuicios de su interrupcion momentánea y el pro-tutor no estuviese presente, podria aplicarse á los herederos del tutor la disposicion del artículo 1629.

Número 2. Respecto del matrimonio es mayor edad: vé los artículos 272 y 276.

Adopcion: consecuencia del artículo 170: el 814 Prusiano dispone lo contrario.

CAPITULO XI.

De las cuentas de la tutela.

ARTICULO 255.

Acabada la tutela, el tutor ó sus herederos están obligados á dar cuenta de su administracion al menor ó á los que le representen.

La obligacion de rendir cuentas no puede ser dispensada, ni aun por el menor mismo en su testamento.

El primer párrafo es el artículo 469 Frances, 392 Napolitano, 467 Holandés, 350 de la Luisiana: el 264 de Vaud es mas riguroso, pues ordena la rendicion anual de cuentas; pero el Juez puede dispensar de ella hasta tres años, cuando la tutela es pequeña. El artículo 345 Sardo conforma con el nuestro en los dos párrafos, y tambien el 861 Prusiano, pues solo admite dispensa de las cuentas anuales, no de las definitivas despues de espirar la tutela.

In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, ley 1, título 3, libro 27 del Digesto: «*Tenudo es el guardador, luego que se acabe el oficio, de dar buena cuenta è verdadera,*» ley 21, título 16, Partida 6.

No puede ser dispensada. He citado los artículos Sardo y Prusiano conformes, y á pesar del silencio de los otros Códigos deberá sobreentenderse lo mismo, porque la dispensa invitaria á delinquir, y seria por lo tanto contra las buenas costumbres: esto mismo se infiere de la ley

5, párrafo 7, título 7, libro 26, y de la 26, título 5, libro 34 del Digesto: «*Nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam*: vé el artículo 224.

ARTICULO 256.

El tutor rendirá las cuentas en el término de dos meses, contados desde el dia en que acabe la tutela, y el tribunal podrá prorogarlo por cuatro meses mas, si la naturaleza especial de los bienes de la tutela así lo exigiere.

El 471 Frances no señala término, y le siguen todos los Códigos, menos el de Vaud, y el Prusiano. El primero en su artículo 264 dice: «Todo tutor que despues de tres intimaciones hechas de diez en diez dias no dé sus cuentas, podrá ser perseguido como depositario infiel:» el artículo 861 Prusiano fija dos meses.

El Derecho Romano y Patrio tampoco señalan término.

Ha parecido conveniente señalar alguno en interes de ambas partes y para evitar contestaciones vergonzosas: el de Vaud es demasiado corto, y la prudencia de los tribunales hará raro el cuso de la facultad que les concede el artículo para casos estraordinarios, ó tutelas vastas y complicadas.

Por el artículo habrá certeza de cuando el tutor incurre en mora y en la consiguiente responsabilidad; al paso que se refrena al jóven demasiado exijente, se aguijonea al tutor perezoso ó malicioso.

ARTICULO 257.

El tutor está obligado á presentar al pro-tutor en todo el mes de enero de cada año un estado de la situacion en que se encuentra el patrimonio del menor; y á ponerle de manifiesto los libros de la administracion, siempre que lo pidiere.

Segun el 470 Frances el tutor puede ser obligado á presentar al pro-tutor estados de la situacion de la administracion en las épocas que señale el consejo de familia, pero no han de pasar de una vez al año: lo mismo el 393 Napolitano, 346 Sardo: el 469 Holandes ordena, que el pro-tutor exija una cuenta sumaria cada dos años: el 234 de Vaud, el 238 Austriaco y el 647 Prusiano prescriben la rendicion anual de cuentas.

Por Derecho Romano y Patrio el tutor solo estaba obligado á dar cuentas definitivas; pero podia obligarse á darlas anualmente: cada cual puede renunciar el derecho introducido en su favor, ley 29, título 5, libro 2 del Código.

Nuestro artículo es algo mas rigoroso ó previsor que el Frances, porque hace forzosa la presentacion anual sin necesidad de que lo mande el consejo; pero no lleva el rigor al punto de exigir formal rendicion de cuentas cada año como el de Vaud y el Prusiano.

La vigilancia ó responsabilidad individual suele ser mas eficaz y real que la colectiva: habrá obligacion de parte del tutor á presentar: de parte del pro tutor á exigir y á cumplir con lo prevenido en el número 2 del artículo 188: quedando esto á arbitrio del consejo probablemente no se realizará, y cuando se realice, el tutor se dará por ofendido, y como sospechoso en su administracion.

Esta diligencia es una nueva salvaguardia de los intereses del menor, mal garantidos por el Derecho comun con las cuentas definitivas, pues que en tan largo tiempo habia facilidad para malbaratarlos, *y expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis*, ley 5, título 10, libro 26 del Digesto. No se puede leer sin asombro en la ley 9, párrafo 4, título 3, libro 27 del Digesto, que un jurisconsulto como Ulpiano funde la prohibicion de exigir al tutor toda cuenta, ó cosa parecida, durante la tutela, «*Absurdum enim erat, á tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret*:» á valer este argumento, no podrian exigirse cuentas anuales á ningun administrador.

Siempre que lo pidiere: la presentacion del estado no puede pedirse sino una vez al año por el pro-tutor; la manifestacion de los libros, siempre que lo crea conveniente, porque debe vigilar la conducta del tutor, número 2, artículo 188.

ARTICULO 258.

Si el pro-tutor advirtiese por los estados que hay alguna cosa que merezca la atencion del consejo de familia, lo pondrá en su conocimiento.

Consecuencia de lo dispuesto en el citado número 2 del artículo 188.

ARTICULO 259.

El segundo tutor está obligado á pedir y tomar las cuentas á su antecesor en la tutela.

No haciéndolo así, es responsable al menor de los daños que por esto se le ocasionen.

Tomado, como el 348, de la ley 9 al principio, y párrafos 1, 2 y 3, título 3, libro 27 del Digesto, «*Si tutor reipublicæ causa abesse coeperit*,

ac per hoc fuerit excusatus:: tutelæ judicio locus est, y decide lo mismo en los varios casos que pone de cesar un tutor, y darse otro al pupilo.

El caso de este artículo puede ser frecuente por la muerte, separacion, ó escusa superviniente del tutor: de cualquier modo que se acabe la tutela, han de darse las cuentas: y en el caso del artículo no hay otro representante del menor que el nuevo tutor.

Responsable de los daños: como si por la tardanza, ó negligencia del nuevo tutor en pedir las cuentas, viniesen el anterior, ó sus herederos á estado de insolvencia: *Item in his, quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio*, ley 1, título 3, libro 27 del Digesto.

ARTICULO 260.

Las cuentas de la tutela deben ir acompañadas de sus documentos justificativos.

Esceptúanse las partidas de gastos menudos, en que un diligente padre de familia no acostumbra á recoger recibo.

Casi todos los Códigos, incluso el Frances, guardan silencio, dando, á no dudar, porsupuesto, que estas y todas las cuentas han de ir acompañadas de sus comprobantes: solo hablándose de gastos se dice en el 471 Frances «suficientemente justificados.» El artículo 265 de Vaud es mas esplícito: «Cuando el tutor dé la cuenta, deberá presentar los recibos y otras piezas justificativas, los créditos, el inventario de los bienes del menor y la cuenta precedente;» es decir, la del último año, segun el 264 que he citado en el artículo 257.

«*Docere debet, constare fidem omnibus, quæ ab eo gesta sunt,*« ley 111, título 1, libro 35: «*Percontandasque et examinandas rationes; et dispungendas, atque excutiendas*,» ley 6, párrafo 7, título 7, libro 40 del Digesto: estas dos leyes hablan en general de todas las cuentas: la 21, título 16, Partida 6, dice: «buena cuenta é verdadera:» segun la 93, título 18, Partida 3, los guardadores deben jurar, entre otras cosas, «quel darán cuenta bien, é lealmente, de todas las cosas del huérfano:» lo que supone de necesidad que han de ser justificadas.

Esceptúanse las partidas, etc. Asi como no puede dispensarse al tutor de la rendicion de cuentas, tampoco puede dispensársele de la obligacion de justificarlas, porque esto equivaldria á no darlas.

La escepcion es conforme á la práctica y al sentir unánime de los autores: el tutor cumple haciendo y no haciendo, lo que hace y no hace un buen padre de familias.

ARTICULO 261.

Los gastos de rendicion de cuentas deben ser anticipados por el tutor, pero le serán abonados por el menor.

471 Frances, 468 Holandes, 394 Napolitano, 347 Sardo, 332 de la Luisiana.

El tutor no está obligado á gastar de lo suyo en beneficio del menor, ley 1, párrafo 9, título 3, libro 27 del Digesto: la rendicion de cuentas es un gasto necesario inherente à la tutela como la formacion de inventario, y útil al menor: el tutor lo anticipa de lo suyo ó de lo del menor, porque este nada tiene todavia de qué disponer.

ARTICULO 262.

Las cuentas deben darse en el lugar en que se desempeñe la tutela, si el menor no prefiere el fuero del domicilio del tutor.

«*Eum, qui aliena negotia sive ex tutela, sive ex quocumque alio titulo administravit, ubi hæc gessit, rationem oportet reddere,*» ley 1, título 21, libro 3 del Código, y 34, párrafo 1, título 3, libro 3 del Digesto.

«*Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, etsi ibi domicilium non habeat, ibi se debebit defendere,*» ley 19, párrafo 1, título 1, libro 5 del Digesto. La ley 32, título 2, Partida 3, versículo *la catorcena*, dispone lo mismo que las dos leyes Romanas copiadas. La disposicion de este artículo debe regir, aun cuando el tutor haya muerto con dos ó mas herederos.

Si el menor no prefiere. La rendicion de cuentas en el lugar de la administracion es útil al menor, porque con mayor facilidad y menos coste pueden procurarse allí los instrumentos y comprobantes de las cuentas; pero como segun el artículo anterior han de ser de su cargo todos los gastos, puede renunciar su derecho, y preferir el domicilio del tutor, que es el fuero comun, y el mas cómodo para el demandado.

ARTICULO 263.

Serán abonables al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente, aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, si esto ha acontecido sin culpa del primero, y aunque los haya anticipado de su propio caudal.

Los mismos artículos estrangeros citados en el artículo 261: pero son mas concisos ó menos espresivos, pues solo dicen: «Se abonarán al tutor todos los gastos suficientemente justificados, y cuyo objeto sea útil.»

«*Deducuntur in tutelæ judicium sumptus, quoscumque fecerit in rem pupilli sic tamen si (ex) bona fide fecerit,*» ley 3, párrafo 8, título 4, libro 27 del Digesto. «*Sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessise: etsi eventum adversum habuit, quod gestum est,*» párrafo 7 de la misma ley. «*Tutoribus vel curatoribus fortuitos casus adversus quos cavere non potuit, imputari non oportere, sæpe rescriptum est,*» ley 4, título 38, libro 5 del Código.

La disposicion de este artículo es comun á todos los que administran las cosas, ó manejan los negocios de otro: no se atiende al éxito casual, porque nadie es responsable de los casos puramente fortuitos, sino *an tutor ex officio sumptus fecerit*, ley 3 al principio, título 4, libro 27 del Digesto: vé el artículo 1014 y 1619.

Debida y legalmente. Con la autorizacion del consejo, cuando fuere necesaria, y con la conveniente mesura ó economía; no supérfluos ó inmoderados, y tales como un buen padre de familias no los hace en cosas propias: pueden verse varios ejemplos de esto en las leyes 9, párrafo 6, título 7, libro 26, 2 al principio, título 2, y 1, párrafos 4 y 5, título 3, libro 27 del Digesto, 3 al principio, párrafo 8, título 38, y 6, título 37, libro 5 del Código.

Que haya anticipado. El tutor no está obligado á anticipar de lo suyo, pero si lo hace en los términos del párrafo anterior, será por esto y por su generosidad doblemente acreedor al abono: *etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt, se recepturos id quod impenderint*, ley 1 al principio, párrafos 4 y 5, título 4, 1, párrafo 9, título 3, libro 27. Es muy notable lo que dice la ley 3, título 37, libro 5 del Código. «*Quod á tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius justitia quam aliena auctoritate firmatur:*» habla de gastos hechos sin decreto del Pretor.

¿Podrá el tutor pedir indemnizacion de los daños que sufrió por acaso, como ladrones, naufragio, etc., viajando á nombre y por causa del menor, y no habiendo mediado culpa ni temeridad por su parte? ¿Podrá pedir que se le releve de la fianza ú obligacion personal en que entró por el menor?

En el mandato y sociedad se concede, siendo contratos voluntarios, ¿cómo negarlo en la tutela, que es carga ó cargo necesario? *Nemini officium suum, utcumque sponte susceptum, damnosum esse debet.* Vé el artículo 1619.

ARTICULO 264.

Hasta pasados quince dias despues de la rendicion de cuentas justificadas, no podrán el tutor y el menor, ya mayor ó emancipado, hacer entre sí convenio ó arreglo alguno válido.

El artículo 472 Frances señala diez dias; le siguen el 349 Sardo, 393 Napolitano, 470 Holandes, 276 de Vaud, 355 de la Luisiana.

Nada hay sobre esto en el Derecho Romano y Patrio: el objeto del artículo es impedir que el menor, ya mayor, sea engañado ó sorprendido por el ex-tutor, si no tiene un exacto conocimiento del resultado de las cuentas.

Convenio, ó arreglo alguno válido. Entiéndase en lo relativo á la administracion de la tutela y á las mismas cuentas; no sobre lo que es estraño é independiente de ellas; por ejemplo, podrán otorgar entre sí el contrato de compra y venta de una cosa particular.

Y el ex-tutor no podrá alegar la nulidad del convenio celebrado contra la disposicion de este artículo, que tiende únicamente á favorecer al jóven espuesto al engaño y á la sorpresa, no al tutor, hombre maduro y conocedor de todo lo concerniente á la tutela y sus cuentas.

ARTICULO 265.

El alcance que resultare á favor, ó en contra del tutor, producirá interes legal.

En el primer caso, desde que el menor sea requerido para el pago previa entrega de sus bienes.

En el segundo, desde la rendicion de cuentas, si hubieren sido dadas dentro del término designado por la ley, y si no desde que espire el mismo.

Los párrafos primero y segundo son el artículo 474 Frances, 397 Napolitano, 351 Sardo, 471 Holandes, 277 de Vaud, 353 de la Luisiana.

«*Ejus, quod ex causa tutelæ debetur, usuras præstari oportere, dubium non est;*» ley 2, título 56, libro 5 del Código.

«*Tutor usuras præstare non debet, ex quo obtulit pecuniam: Non sufficit obtulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco;*» ley 28, párrafo 1, título 7, libro 26 del Digesto.

Consequitur autem (tutor) pecuniam si quam de suo consumpsit, etiam cum usuris;» ley 3, párrafo 1. *Et magis est, ut quoad ei reddatur pecunia (usuras) consequatur: nec enim debet ei sterilis esse pecunia*, párrafo 4, título 4, libro 27. Estas leyes Romanas conceden al tu-

tor las usuras desde que gastó de lo suyo en utilidad del menor, si antes de acabarse la tutela no pudo hacerse pago con el dinero del mismo; señalan tambien diversas usuras, mas ó menos graves, tanto respecto del tutor como del menor, segun la variedad de casos.

Desde que el menor sea requerido. Se conserva en beneficio del jóven, que por la vez primera de su vida toma conocimiento de sus cosas, lo dispuesto en el artículo 1007; no hay mora sin requerimiento.

Previa entrega de bienes. Sin estos, ¿cómo, ni de donde ha de pagar el jóven? Y ademas, se favoreceria la malicia de un tutor codicioso: el derecho de retencion, poco favorable por regla general y admitido únicamente en casos especiales, no puede tener lugar, atravesándose consideraciones tan piadosas y delicadas.

En el segundo desde la rendicion de cuentas. Es una escepcion del citado artículo 1007, y favorable tambien al jóven: seria duro y poco decoroso ponerle desde luego en precision de requerir al que hasta poco antes ha hecho con él veces de padre; fuera de que no podia ignorar el tutor que resultaria alcanzado, y debe presumirse que invirtió en usos propios el importe del alcance.

Téngase presente el artículo 228; y tambien que el tutor deberá intereses desde que aplicó el dinero del menor á usos propios, ley 7, párrafo 10, título 7, libro 26 del Digesto y artículo 1615, y desde que por su culpa ó negligencia se perdió ó deterioró algo el patrimonio del menor segun los artículos 1011 y 1012.

ARTICULO 266.

A los diez años de acabada la tutela se estinguen todas las acciones que recíprocamente competan al tutor y al menor, por los actos relativos á la tutela.

El 475 Frances dispone lo mismo, pero solamente de las acciones del menor contra su tutor: 398 Napolitano, 472 Holandes, 356 de la Luisiana. El 352 Sardo dispone lo que el nuestro, y añade: «Esta disposicion no se aplica á la accion para el pago del alcance (*reliquato*) resultante de la cuenta definitiva.»

Nada hay de especial sobre esto en Derecho Romano y Patrio: duraria pues la accion, como personal, por el primero treinta años, y por el segundo veinte.

En este artículo habia un segundo párrafo limitando á cuatro años la accion del menor para pedir contra el tutor la reparacion del daño que hubiera sufrido por obligaciones contraidas con un tercero. Pero fué suprimido por considerar, que si bien por el párrafo 2, seccion 10, capítulo 5, título 3, libro 3, se conceden al menor solos cuatro años

para pedir subsidiariamente la restitucion contra el que contrajo de buena fé con el tutor, no debe limitarse á tan corto tiempo la principal contra un tutor negligente ó de mala fé. En rigor nada se establece de nuevo en este artículo despues que habemos reducido á diez años la prescripcion de todas las acciones personales.

CAPITULO XII.

De la tutela de los hijos naturales.

El Código Frances calla sobre la tutela de los hijos naturales; pero la tutela es sinónimo de proteccion; y ¿cómo privar de esta á los desgraciados que tienen un padre ó madre reconocidos por la ley, y se hallan autorizados por el artículo 150 á llevar su apellido? Siguen al Frances en su silencio los otros Códigos modernos; tan solo en el de la Luisiana y el Holandes hallo las disposiciones siguientes.

El 274 de la Luisiana dice: «El padre es de derecho tutor de su hijo natural reconocido por él. La madre es de derecho tutora de su hijo natural no reconocido por el padre. El hijo reconocido por los dos tiene desde luego por tutor al padre, y en su defecto á la madre.»

El 279: «El padre, ó la madre, del hijo natural reconocido puede nombrarle un tutor, mas, para ser válido el nombramiento, necesita la confirmacion del Juez.»

El 408 Holandes confiere la tutela del hijo natural legalmente reconocido al padre, y en su defecto á la madre. El 420 dice: «La tutela de los hijos naturales será deferida por el Juez del canton sin preceder dictámen de la familia:» adviértase que el Código Holandes no reconoce la tutela legítima, sino la testamentaria, y en defecto de esta la dativa por el Juez, convocando y oyendo á los parientes ó afines del menor en número de cuatro: el artículo citado dispensa justamente al juez de este requisito, porque, hablando con propiedad legal, los hijos naturales no tienen familia.

Naturali filio cui nihil relictum est tutor frustra datur á patre: nec sine inquisitione confirmatur; ley 7, título 5, libro 26 del Digesto. La 4, título 29, libro 5 del Código, autoriza á los padres para que den tutor al hijo natural, pero únicamente en las cosas que les dieren ó dejaren, *in his rebus quas quocumque modo eis dederint, vel relinquerint*; y añade que el tutor *debet apud competentem judicem confirmari*. La 3, título 55 del mismo libro, dispone que, cuando el padre no haya dado tutor al hijo natural en las cosas que le ha dejado, sea tutora la madre á ejemplo de lo establecido para la madre legítima y con los mismos requisitos, porque es humanísimo proveer de este modo

á los hijos naturales, para quienes no hay tutela legítima, *ubi tutela legitima evanescit.*

La 8, título 16, Partida 4, autoriza al padre para dar tutor á su hijo natural, instituyéndole heredero, y el Juez lo debe confirmar. Resulta de este breve resúmen el vacío ó imperfeccion en que todos los Códigos han dejado esta materia, unos callando absolutamente, y otros hablando muy poco: el Holandes puede ser escepcion de esta censura. Fácil es, por lo tanto, de ver las ventajas de nuestro capítulo 12 sobre los Códigos indicados: en adelante no podrá haber dudas é incertidumbre sobre esta materia.

ARTICULO 267.

La tutela de los hijos naturales se rige por las mismas reglas que la de los hijos legítimos, salvas las escepciones que en este capítulo se determinan.

Salvas las escepciones: Son las del artículo siguiente sobre el modo de componer el consejo de tutela, y del artículo 270 desechando la tutela legítima.

ARTICULO 268.

Un consejo de tutela ejercerá, en este caso, las funciones que correspondan al de familia, y se compondrá del alcalde del domicilio del menor, y de cuatro vecinos que el mismo nombrará entre los amigos, sean ó no parientes, del padre ó madre que haya reconocido al hijo.

Cuatro vecinos, sean ó no parientes. Ya he dicho que, hablando con propiedad legal, los naturales no pertenecen á la familia del padre ó madre que los reconoce, y este es el motivo ó fundamento del artículo 779 de Herencias sin testamento: se llama, pues, consejo de tutela, y se forma como en el caso del artículo 196.

ARTICULO 269.

El padre ó madre que haya reconocido un hijo natural, puede nombrarle tutor en testamento.

Este nombramiento subsistirá despues de la muerte del que le hizo, aunque posteriormente sea reconocido por el otro.

Es consecuencia del artículo 170 que les atribuye la patria potestad: vé los 177 y 178.

Despues de la muerte, etc. Tutorem habenti non datur tutor: y un econocimiento tardío del padre no debe quitar la fuerza á un acto le-

gítimo y consumado de la madre, cuyo amor fué mas diligente y activo: vé el artículo 180.

ARTICULO 270.

La tutela legítima no tiene lugar respecto á los hijos naturales.

A falta de tutor testamentario, lo nombrará el consejo de tutela.

La tutela legitima no tiene lugar: por lo espuesto en el 268. La tutela es comparada á la herencia, cuyo órden se seguia en la legítima, *ubi est hereditas, ibi et onus tutelæ esse debet;* pero ni los parientes legítimos suceden al natural, ni este á ellos segun el citado artículo 779.

Le nombrará el consejo: es el caso del artículo 183 y 184.

ARTICULO 271.

Los gefes de las casas de espósitos son los tutores de los hijos naturales, recogidos y educados en ellas.

Vé el párrafo 2 del artículo 54. Viene á ser el 421 Holandes, que dice: «Los niños admitidos en los hospicios, por cualquier título y bajo cualquiera denominacion que sea, estarán bajo la tutela de las comisiones administrativas.» El 296 de la Luisiana: «El Juez puede nombrar de oficio un tutor al niño espósito ó abandonado, dando la preferencia al que le ha recogido.»

TITULO IX.

DE LA EMANCIPACION Y DE LA MAYOR EDAD.

CAPITULO PRIMERO.

De la emancipacion.

ARTICULO 272.

El matrimonio produce de derecho la emancipacion, con la limitacion establecida en el artículo 60.

476 Frances, 367 de la Luisiana, 399 Napolitano, 385 Holandes, 285 de Vaud; el Código Sardo no reconoce la emancipacion por solo el matrimonio, artículo 211.

Tampoco era causa de emancipacion el matrimonio por Derecho

Romano, ni aprovechaba para obtener la libre administracion de sus cosas al que era *sui juris* antes de los 25 años, párrafo 3, título 9, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 4, libro 4 del Digesto, ni por el nuestro de las Partidas, ley 1, título 17, Partida 4; aunque la ley 13, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, dispone con bastante y con sobrada claridad lo contrario igualando el matrimonio con la mayor edad.

La ley 47 de Toro, hoy recopilada 3, título 5, libro 10, dispuso que el hijo ó hija casado y velado fuese habido por emancipado en todas las cosas para siempre.

Yo presumo que la ley del Fuero Juzgo prevalecia sobre la romanista de Partidas, y que la de Toro fué asestada contra los matrimonios clandestinos que, aunque prohibidos, eran válidos, y por esto causaban una espantosa perturbacion en las familias. Exigió pues la ley para la emancipacion por matrimonio las velaciones, como signo público de su celebracion.

Pero despues del Concilio de Trento no hay, ni puede haber, los matrimonios clandestinos como se entendian al publicarse la ley de Toro: los celebrados sin presenciarlos el párroco y dos ó tres testigos son nulos.

Por esto opiné siempre que el matrimonio válido con velaciones, ó sin ellas, era causa de emancipacion; y de todos modos, nuestro artículo resuelve la duda, puesto que no exije tal requisito: vé el artículo 60.

Fenecida la patria potestad por el matrimonio del hijo ó hija, no recaen estos en ella, aunque enviuden siendo todavia menores de edad, ni cesa por esta causa la emancipacion: vé lo espuesto en el artículo 60.

ARTICULO 273.

El mayor de diez y ocho años y menor de veinte, puede ser emancipado por el padre, y á falta suya por la madre, siempre que él consienta en su emancipacion.

El 477 Frances se contenta en el caso de nuestro artículo con la edad de quince años cumplidos, y no exije espresamente el consentimiento del hijo; tal vez lo dé por supuesto: en el 478 exije la edad de diez y ocho años y el acuerdo del consejo de familia para la emancipacion del menor que no tiene padre ni madre. Siguen al Código Frances los 353 y 356 Sardos, 400 y 401 Napolitanos, 369 y 370 de la Luisiana. El 480 Holandes exije los diez y ocho años en el caso de nuestro artículo, pero limita los efectos de la emancipacion al ejercicio de algunos de los derechos que se enumeran en el 484, y se ha de espresar cuáles sean al hacerse aquella. En los 474 y 475 se exijen veinte años para el menor sin padre ni madre: la emancipacion, ó dispensa de edad,

debe en este caso ser concedida por el Tribunal Supremo, y aprobada por el Rey: el 284 de Vaud exije la edad de veinte años aun para el que tiene padre y madre; pero adviértase que el Código de Vaud y el Holandes fijan la mayor edad en veinte y tres años.

En Derecho Romano y Patrio el padre solo (no la madre por carecer de patria potestad) tenia el derecho de emancipar al hijo, aun menor de 14 años, pero en este último caso quedaba con la tutela, párrafo 6, título 12, libro 1, Instituciones, leyes 15, título 18, Partida 4, y 10, título 16, Partida 6.

Los varones mayores de veinte años y las hembras mayores de diez y ocho, pero menores de veinte y cinco y no sujetos á la patria potestad, podian alcanzar del Príncipe vénia ó dispensa de edad para todo menos para enagenar sus bienes inmuebles, leyes 2 y 3, título 45, libro 2 del Código. Entre nosotros se ha practicado hasta ahora lo mismo; esta vénia era una de las dispensas de ley llamadas *gracias al sacar* que no podrá ya tener lugar en lo sucesivo.

Por el padre, etc. Aunque el padre ó la madre sean naturales, pues segun el artículo 170 tienen respectivamente la patria potestad.

Más por esta misma razon no podrán emancipar el padre y madre que hayan perdido ó tengan en suspenso el ejercicio de los derechos de la patria potestad: ¿puede darse acto más importante é insigne de ella que su renuncia, ó desprendimiento para siempre?

Téngase presente que nuestro artículo conforme con el Derecho Romano y Patrio, y desviándose del Código Frances y otros, no admite la emancipacion del que tiene tutor, por ser de temer que este promueva la emancipacion para descargarse de la tutela, aunque ceda en perjuicio del menor.

Que él consienta. Ha de ser raro el caso de no consentir: pero si ocurriese (y puede ocurrir con un padre ó madre viudos, á quienes en ciertos casos puede ser enojosa la presencia de un hijo ó hija dentro de casa), es tan justo como decoroso este consentimiento: el padre que se empeñara en emancipar á un hijo ó hija á despecho suyo, se haria por esto solo sospechoso.

ARTICULO 274.

La emancipacion se otorgará en escritura pública, con intervencion del alcalde [illegible]

[illegible]

simplemente del juez ordinario, por [illegible]

se le prohibió declarar la emancipacion sin dar primero cuenta al consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ella: la anticipacion de la mayor edad hasta los 20 años hará muy raros los casos de emancipacion que hoy mismo no son frecuentes.

ARTICULO 275.

El emancipado tiene la libre administracion de sus bienes: pero está sujeto en cuanto á su persona á las restricciones de los artículos 51 y 52.

Los artículos Franceses desde el 480 al 484 ponen grandes limitaciones á los derechos que haya de ejercer el menor emancipado: aun las obligaciones que se le permite contraer son reductibles en caso de esceso, y pueden dar lugar á la revocacion de la emancipacion segun el 485: le siguen el Código Napolitano y el Sardo: el de la Luisiana, artículos 374 y siguientes, le impone casi las mismas restricciones: el 484 Holandes solo permite que pueda disponer libremente de sus rentas, arrendar, esplotarlas, así como el comercio etc., y segun el 482 se deben espresar en la emancipacion cuáles de estos derechos se le conceden: el 285 de Vaud es absoluto. «El menor emancipado goza de todos los derechos que corresponden al mayor.»

Por Derecho Romano y Patrio la emancipacion solo producia el efecto de sacar al hijo de la patria potestad; por lo demas este quedaba en el derecho comun segun su respectiva edad: si era impubero, bajo la tutela del padre emancipante; si pubero, pero menor de veinte y cinco años, con todas las restricciones y beneficios concedídos á los otros menores: siendo mayor de veinte y cinco años, gozaba de la absoluta libertad y plenitud de derechos que todo padre de familias de la dicha edad; párrafo 6, título 12, libro 1, Instituciones, leyes 15, título 18, Partida 4, y 10, título 16, Partida 6.

Nuestro artículo está conforme con el de Vaud: el emancipado tendrá, en todo lo relativo á su persona y bienes, los mismos derechos que el mayor de edad, salvo que para contraer matrimonio quedará sujeto á las restricciones de los artículos 51 y 52 que hablan tambien con los mayores de edad: vé lo allí espuesto.

Disuena, cuando no envuelva contradiccion, emancipar y sujetar á tantas restricciones y trabas como lo hace el Código Frances y los que los siguen: embarazos para el emancipado y todavia mayores para los que contraten con él: duda é instabilidad aun en las obligaciones no prohibidas, pues quedan espuestos á reduccion, si pareciesen escesivas.

Acortada en cinco años la mayor edad, ¿qué urgencia ó motivo plausible puede haber para que un padre emancipe al hijo á los 18? ¿La

precocidad de su ingenio y cordura? Esta razon, si lo es, debe obrar en todo y para todo: que lo piensen bien el padre y el mismo hijo, cuyo consentimiento es necesario: yo no descubro inconveniente alguno en suprimir la emancipacion cuando ella ha de venir por necesidad á los veinte años: nuestro artículo la hará mas rara, aunque ya lo es bastante.

CAPITULO II.

De la mayor edad.

ARTICULO 276.

La mayor edad empieza á los 20 años cumplidos.

El artículo 488 Frances la fija á los veinte y un años cumplidos, salva la restriccion del artículo 148, á saber; que para poder contraer matrimonio necesita el hijo haber cumplido veinte y cinco años y la hija veinte y uno. El artículo 411 Napolitano le copia, y salva ademas las restricciones del título de la potestad paterna. Estas restricciones, segun el artículo 295, se reducen á que el hijo, aunque mayor de edad, no puede hasta haber cumplido veinte y cinco años, sin concurrir el padre al otorgamiento de la escritura, ó sin su consentimiento por escrito, hipotecar, donar ó enagenar los inmuebles que no procedan de su industria, tomar prestado en especie ó en dinero, recibir capitales que no procedan de su industria y dar cartas de pago de ellos.

El articulo 286 de Vaud fija la mayor edad á los veinte y tres años cumplidos; pero en los artículos 311 y siguientes se imponen á la muger soltera, viuda ó divorciada (aunque mayor de edad), restricciones muy humillantes. Se le nombra por el juez un consultor, sin cuya autorizacion no puede comparecer en juicio, ni contraer préstamos, ni comprar inmuebles, ni venderlos, cambiarlos, enagenarlos, gravarlos, ni salir fiadora, ni celebrar contratos onerosos, etc.; en una palabra, queda sujeta por toda su vida á una como curaduria, y solo es libre para los actos de pura administracion.

El artículo 385 Holandes declara mayor de edad al que ha cumplido veinte y tres años, ó se casa antes de cumplirlos; y aunque se disuelva el matrimonio antes de aquella época, continúa siendo reputado por mayor.

El 21 Austriaco, capítulo 4, libro 1, la fija á los veinte y cuatro años, y hasta dicha edad no reconoce sino tutores, artículos 229 al 252: «puede el tribunal prolongar la tutela por enfermedades ó disipacion del menor; y este ser emancipado ó declarado mayor á los veinte cumplidos.»

El artículo 695 Prusiano, título 7, parte 2, la fija tambien á los

veinte y cuatro años cumplidos; pero el padre puede disponer que el hijo continúe por seis años mas bajo un tutor; y segun los artículos 31 al 33, las mugeras solteras, aunque mayores de edad, no pueden contratar ni comparecer en juicio sin un consultor.

Los artículos 2 y 35 Bávaros, libro 1, la fijan á los veinte y cinco.

El artículo 367 Sardo declara mayor al que ha cumplido veinte y cinco años, y capaz de todos los actos de la vida civil bajo las modificaciones ordenadas en los títulos del *matrimonio* y *de la patria potestad*. En los artículos 109 y 110 del *matrimonio* se imponen penas al hijo varon que se casase sin el consentimiento paterno antes de cumplir treinta años, y á la hija que no ha cumplido veinte y cinco.

Segun los 212 y 213, de la *Patria potestad*, el hijo no puede dejar la casa paterna antes de cumplir veinte y cinco años, y si el padre tiene justos motivos para que no la deje, aun despues de cumplirlos, puede recurrir al tribunal para que así lo ordene. En el 2034 se prohibe á las mugeres salir fiadoras ó tomar sobre sí de cualquier otro modo obligaciones agenas sin autorizacion judicial.

En Aragon los hijos, hembras ó varones, son mayores de edad á los catorce años; pueden testar, hacer artículos matrimoniales y otorgar poder para causas civiles; pero no vender, donar, ni contraer sin el consentimiento de sus padres, y en defecto sin la autorizacion judicial. El casado puede hacer todo esto, aunque sea menor de veinte años en que comienza la mayoría perfecta y absoluta.

El Derecho Romano y Patrio de las Partidas, hasta hoy vigentes, retrasaron la mayor edad á los veinte y cinco años cumplidos; testo del título 23, libro 1, Instituciones. «*Legitima perfecta est quæ viginti quinque annorum curriculis completur*, ley 4, título 46, libro 2 del Código, y 13, título 16, Partida 6.

Pero ni en uno ni en otro Derecho la mayor edad emancipaba de la patria potestad: en efecto, se limitaba á conferir la libre administracion de sus cosas al que ya era *sui juris* ó padre de familias.

Todavía se ignora cuándo se introdujo entre los romanos la menor edad hasta los veinte y cinco años, aunque se presume que fué por la ley Letoria. Mas yo hallo contradictorio que antes de la dicha edad se pudiese mandar ejércitos, y disponer de la suerte de la República, segun lo hizo Scipion el Africano, sin poder disponer de sus cosas privadas. Tácito en su diálogo *de oratoribus* nombra á algunos, y entre ellos á César, que á los 19 y 20 años hicieron las oraciones ó defensas que fueron la admiracion de sus contemporáneos.

Hallo tamb[illegible]

y no haya de poder administrar lo suyo hasta los veinte y cinco; leyes 1, párrafo 3, título 1, libro 3 del Digesto, párrafo 3, título 6, libro 1, Instituciones, 19, título 5 y 2, título 6, Partida 3.

En tanta variedad de legislaciones era preciso tomar un partido; y el que se ha tomado sufrirá á no dudar vivos ataques, porque es una grande innovacion del derecho y práctica recibidos.

Felizmente no ha sido preciso mendigar en los Códigos estranjeros; y si las leyes de Partida mendigaron su doctrina en las Romanas, puede oponérseles la venerable autoridad de *Fueros verdaderamente Españoles.*

Segun las leyes 13, título 2, y 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, edad perfecta ó mayor edad era la de veinte años; desde ella se podia ser tutor, se salia de la tutela, y se adquiria la libre administracion de los bienes, *cum viginti annos impleverint aetatis:: etiam si nullis fuerint nuptiis copulati:: si aliquis de filiis ad perfectam, id est, usque ad viginti annorum perveniat œtatem*; y la ley 1, título 7, libro 3 del Fuero Real, viene en confirmacion de esto mismo.

Entre los godos y demas pueblos guerreros venidos del Norte todo estaba enlazado con su sistema militar. De la ley 9, título 2, libro 9 del mismo Fuero Juzgo, se infiere con bastante claridad que el servicio de las armas obligaba desde los veinte años, pues se escusa de él á los de menor edad, *quos aut minoris adhuc retinuerit aetatis tempus, aut senectutis vetustas*: esta misma ley, que es la 8, en la version Castellana, dice: «Desde veinte años fasta cincuenta:» la ley 3, título 19, Partida 2, varió esta edad.

Creyeron sin duda aquellos pueblos conquistadores que desde que uno era soldado, debia estar habilitado para ejercer todos los derechos civiles y políticos sin depender de otro: por esta misma razon la mayor edad entre los Francos comenzaba á los quince años, en que era obligatorio el servicio militar.

Hay todavia otra autoridad legal, y tan puramente española como la del Fuero Juzgo; pero mas fuerte por estar hoy mismo vigente.

En Aragon los hijos, hembras ó varones, son mayores de edad á los catorce años: pueden no solo testar, sino hacer capítulos matrimoniales, y otorgar poder para causas civiles; pero no vender, donar, ni contraer sin el consentimiento de sus padres, y en su defecto, sin la autorizacion judicial. El casado puede hacer todo esto, aunque sea menor de veinte [illegible]

[illegible] provincias de *costumbres ó fueros*, como la

Normandía, Anjou y algunas otras, se conservó la de veinte, ó veinte y un años: por una ley de 20 de setiembre de 1792 se adoptó é hizo general la de veinte y uno, y subsiste por el artículo 468 del Código civil.

Sobre lo perjudicial que es la mayoría de los veinte y cinco años, tanto á los intereses del individuo, como al interes general de la sociedad, merecen ser leidos los escelentes discursos franceses 35 y 36 al artículo 388, y los 38 y 39 al artículo 488; en ellos se verán tambien desvanecidas las objeciones sacadas de la inesperiencia y fogosidad de la juventud, asi como desenvueltas las causas que en los pueblos modernos han acelerado y perfeccionado su educacion: yo añadiré una que ellos no pudieron alegar, á saber: la libertad de la prensa y de la tribuna, sin contar con que el comercio y las comunicaciones han ido en grande aumento desde entonces.

Finalmente, la legislacion viva de Aragon y los artículos 4 y 5 del Código de Comercio prueban que se puede tener á los veinte años la instruccion y cordura necesarias para gobernarse uno por sí mismo.

ARTICULO 277.

El mayor de edad dispondrá libremente de su persona y bienes con la limitacion contenida en los artículos 51 y 52.

Sin embargo, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinte y cinco años, no podran dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía se hallen, como no sea para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraido ulteriores bodas.

Vé lo espuesto en el anterior.

Con la limitacion contenida: los artículos 51 y 52 solo ponen limitacion al hijo varon, no á la hija, pues que esta puede siempre casarse á los veinte años.

Sin embargo, etc. Esta limitacion relativa á las hijas tiene por objeto el decoro público y el personal de ellas mismas. Probablemente ninguna hija bien educada y que tenga en algo su reputacion, la joya mas preciosa del sexo bello y débil, dará lugar á que se haga uso de esta limitacion; pero conviene proveer para los casos posibles. Fíjase la edad de veinte y cinco años, porque ha de fijarse alguna, sopena de hacer ilusoria la mayoría, y se presume á la muger con la suficiente esperiencia y cordura: el artículo 290 Napolitano, sin atenerse á años, fija la época del matrimonio para que las hijas puedan dejar la casa paterna.

Ulteriores bodas. La compañía de un padrastro ó madrastra suele ser mas ingrata cuanto mayor es la edad de los hijos; y la escepcion en este

caso es ocasionada por un hecho voluntario del padre ó de la madre.

TITULO X.

DE LA CURADURIA.

Recuérdese lo que al frente del título 8 he espuesto sobre la tutela y curaduria de los menores de edad, tanto por el Derecho Romano, y diversos Códigos del Patrio, como por los modernos estranjeros: descartada, pues, como inútil la curaduria de los menores, en el presente título se trata únicamente de la de los mayores.

La tutela y la curaduria han sido, son y serán siempre, en su fondo y esencia una misma cosa: sus motivos y objeto son los mismos, *la incapacidad y la beneficencia*: esto es lo que se espresa con energía y concision en nuestro artículo 307. Asi es que algunos Códigos, como el Frances, Napolitano y Sardo, han conservado las palabras *tutor* y *tutela* en la materia de este título; otros, como el de la Luisiana, Bávaro, Austriaco y Prusiano, las han convertido en las de *curador* y *curaduria*; pero todos están acordes en el fondo.

El Derecho Romano y Patrio, así como algunos Códigos modernos, prescriben el nombramiento de curadores especiales para ciertos casos, por ejemplo, á los bienes concursados, á los del ausente ó del que está en el vientre de su madre, al menor cuando su interes está en oposicion con las del tutor, etc.: nosotros habemos ocurrido á estos con el nombramiento de administradores y pro-tutor, artículo 185, 310, 331 y 796: las obligaciones serán las mismas del curador, segun se espresa en el artículo 320; pero queda mas sencilla y clara la significacion de la palabra *curador*, aplicándola esclusivamente á la materia ó personas de este título.

Se ha preferido la palabra *curaduria* á la de *interdiccion*, usada en los Códigos modernos, porque la segunda comunmente suena apenas, y como tal ocupa su lugar en la clasificacion de los penas, artículo 24 del Código penal: el Derecho Romano y Patrio digeron, con mas propiedad y decoro de los *curadores, los guardadores.*

ARTICULO 278.

Se dá curador al mayor de edad, incapaz de administrar sus bienes por él mismo.

El 489 Frances solo habla de los que se encuentran en un estado habitual de imbecilidad, demencia ó furor, aunque tengan intervalos lu-

cidos: le siguen el 412 Napolitano, 368 Sardo, 287 de Vaud y 382 de la Luisiana: el 487 Holandes añade: «El mayor podrá quedar tambien sujeto á interdiccion por causa de prodigalidad.» Los artículos 269 y 270 Austriacos dicen lo mismo que el nuestro, pero con menos concision y claridad: «Se dan curadores á las personas que no pueden ocuparse de sus negocios por sí mismos, y no están en tutela ni bajo la patria potestad.» son precisamente los mayores de edad.

Incapaz: al que lo es por su menor edad se le socorre con la tutela: al mayor, que lo es por otras causas, con la curaduría: los motivos y el fin son los mismos en ambos casos.

ARTICULO 279.

Son incapaces de administrar sus bienes: el loco ó demente, aunque tenga intervalos lúcidos; el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdiccion civil.

Vé los estranjeros citados en el anterior: el derecho Romano y Patrio disponian lo mismo respecto del loco ó demente, párrafo 3, título 23, libro 1 Instituciones, y ley 13, título 16, Partida 6: se han adoptado en este Código las palabras *loco* ó *demente* para uniformar el lenguage con el número 1, artículo 8 del Código penal: por loco se entiende el furioso; por demente, el imbécil ó *desmemoriado*, como le llama la citada ley de Partida.

Aunque tenga intervalos lúcidos. Esto solo puede verificarse en los furiosos, porque el estado de furor es ó puede ser pasagero: no en los dementes, imbéciles ó desmemoriados, cuyo estado es continuo, y permanente.

Entre los romanos este punto pareció dudoso, pero solamente en el hecho al que debia aplicarse el Derecho; la opinion comun fué que habia de regirse por lo dispuesto para igual caso en el párrafo 1, título 12, libro 2, Instituciones, sobre el testamento del furioso; es decir, que era válido lo hecho en los lúcidos intervalos, y que en caso de duda deberia inferirse esto del contesto ó contenido del mismo testamento, si estaba ó no ordenado, como lo haria un hombre de sano juicio.

La ley 6, título 70, libro 5 del Código, declara espresamente válidos los actos del furioso en sus lúcidos intervalos. «*Per intervalla, quæ perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum,*

úcidos.

Pero el testamento es un acto revocable que no crea desde luego derechos á favor de tercero; los contratos son precisamente lo contrario: y no seria cordura someter su validez y estabilidad á un exámen difícil y aventurado: vé el artículo 600.

La distincion de los intérpretes de Derecho Romano tiene su lugar propio en los actos anteriores á la declaracion judicial del furor, y está adoptado en el artículo 289.

El sordo-mudo, etc. Los artículos estranjeros citados en el 278 no hablan de sordo-mudos: el 270 Austriaco, número 7, dice que puede dárseles curador *algunas veces*, y el 275 le prohibe *siempre* que puedan presentarse en juicio sin un consultor.

Nuestro artículo está conforme con el Derecho Romano y Patrio, *et surdis, et mutis*, párrafo 4, título 22, libro 1, Instituciones, y ley 8, párrafo 3, título 5, libro 26 del Digesto, que no esceptuó á los que supieran leer ni escribir, porque entonces no se conocia el arte de enseñar uno y otro á los sordo-mudos: «Los guardadores de los bienes de los mudos é de los sordos.» Ley 60, título 18, Partida 3, y 5, título 11, Partida 5, aunque habria sido mas propio espresarlo en la 13, título 16, Partida 6.

Pero, si el sordo-mudo, que no sabe leer ni escribir no puede otorgar ninguna especie de testamento, segun todos los Códigos antiguos y modernos (ora lo hayan espresado ó callado) por la sencilla razon de que no puede manifestar su voluntad de palabra ó por escrito, ¿no es consecuencia precisa que haya de dárseles curador? ¿Es por ventura menos necesaria la manifestacion de la voluntad para gobernarse y gobernar sus cosas por toda la vida, que para el último acto de ella? ¿La imposibilidad no es igual en ambos casos? Permítaseme, pues, poner a nota de inconsecuencia ó imprevision á todos los Códigos indicados.

El pródigo. El Código Frances no admite la absoluta interdiccion del pródigo, sino que pueda prohibírsele que litigue, transija, tome prestado, reciba un capital mueble y dé descargo de él, enagene ó hipoteque sus bienes sin la asistencia de un consultor, que le nombrará el tribunal, artículos 513 y siguientes: lo mismo el Napolitano, artículos 436 al 438.

El artículo 369 Sardo, el 500 Holandes, 288 de Vaud, el 270 Austriaco, número 4, y el 33 Bávaro, libro 1 *de la tutela* la admiten; el 413 de la Luisiana se separa de todos: «La interdiccion no puede tener lugar por causa de disipacion ó prodigalidad.»

Furiosi quoque, et prodigi sub curatione sunt, párrafo 3, título 23, libro 1 Instituciones. La ley 13, título 16, Partida 6, que habla de los locos ó desmemoriados, calla sobre los pródigos; pero la 40, título

18, Partida 3, y la 5, título 11, Partida 5, dan por supuesto que «el desgastador de sus bienes (pródigo) ha de tener guardador:» ni podia ser otra cosa, cuando ni una ni otra legislacion le permitia testar.

Los pródigos fueron comparados entre los Romanos á los furiosos ó locos, pues *quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum*, ley 12 párrafo 2, título 5, libro 26 del Digesto; y en verdad que loco es quien disipa locamente lo suyo. Ulpiano, en la ley 1, título 10, libro 27 del Digesto, define con propiedad y elegancia al pródigo, *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit*: el sustantivo latino, *prodigus*, venia del verbo *pródigo*, disipar, malbaratar, desperdiciar. «Desgastador de sus bienes» le llama la citada ley 5 de Partida.

No era menos elegante y enérgica la fórmula Romana de la interdiccion del pródigo: *«Quando tua bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egersatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercio que interdico.» Pautus receptarum sententiarum*, libro 3, título 4, párrafo 7; y á pesar de ser tan lleno y sagrado el derecho de propiedad que puede el hombre de sano juicio abusar de ella, segun la ley 25, párrafo 11, título 3, libro 5 del Digesto, no debe tolerarse el abuso habitual ó locura: *expedit Reipublicæ, ne suare quis male utatur*, párrafo 2 al medio, título 8, libro 1, Instituciones.

Habemos seguido en este artículo á la generalidad de los Códigos, inclusos el Romano y Patrio, separándonos del frances y Napolitano. En los discursos Franceses 37, 38 y 39, no se encuentra una razon concluyente ni aun especiosa, para fundar el artículo 513; porque no lo es la de que *la propiedad envuelve el derecho de usar y de abusar, que el pródigo nada ha hecho que no le estuviera permitido por la ley, que tiene una voluntad y voluntad constante.*

Si valiera este débil raciocinio, valdria tambien contra el mencio-do artículo, y habria de adoptarse simplemente el 413 de la Luisiana. Sin embargo, en los mismos discursos se reconoce que el Estado tiene interés en la conservacion de las familias, y que no puede admitirse que el derecho de propiedad sea para un ciudadano el derecho de arruinar la suya.

La propiedad está sujeta á restricciones segun el artículo 391; la ley no prescribe deberes morales; pero el desprecio habitual de ellas, cuando trasciende al órden público y al de las familias, debe ser reprimido por el legislador: la prodigalidad es siempre hija ó madre de otros vicios mas desastrosos. Las restricciones del artículo 513 Frances son insuficientes. La libre disposicion de las rentas puede alimentar los vicios del pródigo con daño y desdoro de la familia; puede él dar por muchos años su arriendo á bajo precio y á condicion de que se le anti-

cipe, y los hijos herederos quedarán privados de los frutos y rentas necesarias para su subsistencia en todo el tiempo del arriendo.

La interdiccion civil: en los casos que tenga lugar con arreglo al Código penal.

ARTICULO 280.

Puéde pedirse la declaracion de incapacidad por el cónyuge ó por todos los parientes del incapaz.

490 Frances, que solo habla del caso de imbecilidad, demencia ó furor; pues no admite otras causas de interdiccion. 413 Napolitano, 289 de Vaud, 383 de la Luisiana: el 370 Sardo dice: «todo conjunto,» lo que parece comprender á los afines: el 488 Holandes añade: «La interdiccion por causa de prodigalidad no podrá ser provocada sino por los parientes en línea recta, y por los colaterales hasta el cuarto grado inclusive.»

Nada hay espreso acerca de esto en Derecho Romano y Patrio; pero como la tutela y curaduria se gobiernan generalmente por las mismas reglas, vé lo espuesto en el artículo 176.

ARTICULO 281.

El ministerio fiscal deberá pedir la declaracion de incapacidad del loco que se halle en estado de furor, y podrá pedirla en los otros casos de locura ó demencia, si el loco no tiene parientes ó cónyuge, ó si teniéndolos no la pidieren.

491 Frances menos el final «O si teniéndolos no la pidieren,» 414 Napolitano, 371 Sardo, 489 Holandes: los 384 y 385 de la Luisiana, admiten á los estraños y aun el procedimiento de oficio en falta de parientes, ó si estos no obran. El 290 de Vaud permite al Ayuntamiento pedir la interdiccion, cuando no la pidan los parientes.

En estado de furor. El ministerio tiene obligacion de pedir en este caso porque peligran el reposo público y la seguridad individual.

Podrá pedirla en los otros casos. No está obligado, porque no hay los mismos peligros que en el estado de furor. A pesar de la uniforme autoridad de todos los Códigos, seria mas humano, y tal vez mas político, hacerlo tambien obligatorio, no existiendo cónyuges ni parientes. ¿Qué ha de ser del desgraciado demente en tan completo abandono? El loco es tenido por ausente, *absentis loco est*, y su condicion es peor que la del pupilo, 5 y 124 de *regulis juris*: en los artículos 174, 175 y 332, habemos provisto al huérfano abandonado y al ausente, imponiendo obligaciones bajo responsabilidad al alcalde y ministerio fiscal: ¿no es tanto y aun mas lastimosa la suerte del loco sin cónyuge ni

parientes? La policía habrá de recogerle: ¿podrá prescindirse entonces del nombramiento oficial de un curador? El celo y buen juicio de los Fiscales ocurrirá en un caso estremado.

O si existiendo no lo hicieren. Los Códigos mencionados no admiten esta escepcion para que pueda pedir el ministerio fiscal: si existen parientes ó cónyuge, ellos solos deben ser los árbitros de lo que á solos ellos interesa. ¿Por qué obligar al hijo, al hermano, y á la esposa á hacer público el humillante estado de su padre, hermano ó esposo?

No puede negarse la delicadeza de estas y de otras consideraciones parecidas; pero no deben prevalecer sobre la realidad y la justicia. La realidad es que el demente se halla en mucho peor estado que un menor de veinte años, y la justicia pide que se provea á la proteccion de su persona, á la seguridad y buena administracion de sus intereses. Ni lo uno ni lo otro puede conseguirse sin nombramiento de curador, sin consejo de familia, ni inventario, ni hipoteca, etc.: aquí se ha de atender mas al desgraciado ó demente que al puntillo sincero ó interesado de la familia: nada pierde esta por la publicidad de una desgracia, y la publicidad será igual en todos los casos.

ARTICULO 282.

En los juicios sobre declaracion de incapacidad entenderá el tribunal de primera instancia, interrogando al demandado y oyendo á los facultativos cuando lo estime necesario; pero deberá oir siempre al consejo de familia, y en su caso al de tutela, formados segun las reglas establecidas en los capítulos 6 y 12, título 8 de este libro.

El demandante ó demandantes no podrán formar parte del consejo de familia; pero, demandando el cónyuge ó los hijos, serán oidos en él si así lo quisieren, ó si el consejo lo estima conveniente.

Viene á ser un resúmen de los artículos 492 al 496 inclusive Franceses, y seguidos por algunos otros Códigos: pero no hablan de oir á los facultativos, á escepcion del de la Luisiana, artículo 386; diligencia que se indica por sí misma en esta clase de juicios, pues se trata de averiguar el estado físico ó mental del demandado.

¿Será libre el tribunal en no oir al demandado y facultativos, ó solamente á estos? El artículo Frances lo hace necesario respecto de aquel en primera instancia: el 500 lo hace discrecional en la segunda. Pero, no interrogándose al demente al menos en primera instancia, hay grandes peligros. Deberá pues interrogarse al demandado siempre: á los facultativos, cuando lo estime conveniente.

El demandante ó demandantes, etc.: porque habiéndose ya hecho parte, son interesados, y por lo tanto mal podrán ser jueces. La escep-

cion se funda en que nadie podrá ilustrar al consejo con datos ó antecedentes mejor que ellos; pero si no son demandantes de la interdiccion podrán asistir y votar.

ARTICULO 283.

En cualquier estado de las diligencias podrá el tribunal, si lo estima útil, nombrar un administrador ó curador interino.

497 Frances, 420 Napolitano, 378 Sardo, 495 Holandes, 387 de la Luisiana: el 297 de Vaud dice: «Un curador *ad interim.*»

El tribunal, sobre todo despues de haber oido al demandado (si no es sordo-mudo) y á los facultativos, juzgará de la necesidad ó urgencia de este nombramiento, pues en otro caso no debe hacerse; como que por regla general á nadie puede privarse de la administracion de sus cosas, sino por sentencia definitiva y ejecutoria, la necesidad ó urgencia puede resultar del mismo interrogatorio, del exámen de los testigos, y puede tambien ser notoria, por ejemplo, la demencia. El nombramiento de administrador ó curador interino envuelve la nulidad de todos los actos ú obligaciones posteriores del demandado; pero aquellos no pueden hacer sino los actos de administracion necesarios y urgentes. El oir ó interrogar al demandado y facultativos no se entiende con los pródigos, pues á nada conduciria para con ellos tal diligencia.

ARTICULO 284.

En los juicios sobre incapacidad promovidos por particulares contra los locos ó dementes y sordo-mudos el ministerio fiscal es su defensor nato.

El ministerio fiscal es el defensor nato de todas las personas miserables, incapaces de defenderse por sí mismas: la sola ausencia da título á esta proteccion aun á los no miserables, segun el artículo 333.

Por particulares: pueden estos ser movidos por la codicia; no cabe tal presuncion contra el ministerio fiscal, cuando obre á virtud del artículo 281.

Locos ó dementes y *sordo-mudos*: no se habla de los pródigos, porque pueden defenderse por sí mismos.

ARTICULO 285.

En la sentencia podrá el tribunal, segun los casos y circunstancias, declarar la interdiccion absoluta del incapaz ó prohibirle únicamente ciertos actos, como litigar, tomar prestado, recibir capitales impues-

os á interés, transigir, enagenar, ù otros que se han de mencionar espresamente en la misma.

499 Frances, 422 Napolitano, 299 de Vaud; el 380 Sardo añade que, «El tribunal podrá tambien cuando lo repute necesario, inhabilitar al demandado, en todo ó en parte, para los actos de simple administracion, confiando su ejercicio al mismo consultor del modo que estime mas oportuno prescribirle.

El espíritu y aun la letra de nuestro artículo alcanza tambien á esta mayor espresion del Sardo porque, si el tribunal puede segun las circunstancias privar absolutamente de la administracion al demandado, cómo no ha de poder restringirla ó limitarla? el que puede lo mas, puede lo menos, *in eo quod plus sit semper inest et minus, non debet cui plus licet, quod minus est non licere*: 110 *y* 21 *de regulis juris*. Ademas nuestro artículo no se limita como el Frances á los actos enumerados, sino que añade «ú otros;» y es una mejora ó ventaja sobre el Frances.

«Feliz y sábia innovacion!!», esclama un orador al hablar del temperamento introducido por el artículo 499 Frances. «Ella evita á la justicia la facultad de no emplear la severidad y el rigor de la interdiccion sino en los casos mas apremiantes y menos equívocos, y que, conservando al hombre débil la disposicion de sus rentas, le pone al mismo tiempo en la imposibilidad legal de ser el juguete de aquellos séres viles, que no se avergonzarian de tender redes á su facilidad para tragarse su fortuna, y precipitarle en la desgracia.»

Puede en efecto suceder que una persona, cuya interdiccion se pide por causa de imbecilidad ó demencia, no aparezca hallarse en este estado; pero que resulte bien probado que por la debilidad de su espíritu, ó por el ascendiente de alguna pasion, sea poco capaz de dirigir sus negocios. En tales circunstancias el juez se veria embarazado, si la ley no le permitiera usar de otro remedio que el de la interdiccion.

Si las ventajas de este temperamento eran grandes en el Código Frances, que no habla de sordo-mudos, ni admite la interdiccion absoluta, deben ser mucho mayores en el nuestro, que la admite para unos y otros.

Mencionar espresamsnte, etc.; para que un tercero no pueda ser engañado: vé el artículo 280.

ARTICULO 286.

En la sentencia se ha de espresar tambien si, para el otorgamiento de los actos esceptuados, será necesaria la autorizacion del consejo de familia, ó la del tribunal, ó el consentimiento de un consultor; y en este último caso la sentencia contendrá su nombramiento.

En cuanto al nombramiento y concurso del consultor, los mismos artículos estranjeros citados en el anterior: se ha añadido lo de la autorizacion del consejo ó tribunal para dar á este mayor latitud en el uso de su prudente arbitrio: vé lo espuesto en el anterior.

ARTICULO 287.

Apelándose de la sentencia podrá el tribunal de apelacion proceder á las diligencias espresadas en el artículo 282 y usar de la facultad espresada en el 285.

500 Frances, 382 Sardo, 497 Holandes, 423 Napolitano, 389 de la Luisiana.

No pueden negarse á los tribunales superiores las facultades de instruirse y tomar las precauciones conducentes al mayor acierto en su fallo, que se conceden á los tribunales inferiores.

ARTICULO 288.

La ejecutoria que recaiga se insertará en las tablas de anuncios del tribunal; se publicará en el papel oficial del gobierno, y se inscribirá en el registro público de los derechos reales.

El 501 Frances únicamente ordena que se ponga en las tablas, que deben fijarse en la sala del auditorio y en los estudios de los notarios de distrito: 424 Napolitano, 383 Sardo, 303 de Vaud: el 391 de la Luisiana ordena que toda interdiccion se anuncie tres veces en dos por lo menos de los papeles públicos de Nueva Orleans: el 408 Holandes que se inserte en los periódicos oficiales y en un diario de la provincia, caso de haberlo.

Nuestro artículo, como se echa de ver, reune en parte las precauciones de unos y otros, porque no puede darse publicidad escesiva á lo que conviene que sepan todos para no ser engañados contratando con el sugeto á interdiccion.

En el registro público: vé el artículo 1829: el registro es la garantía en materia de derechos reales.

ARTICULO 289.

Todos los actos de administracion posteriores y contrarios á la ejecutoria son nulos de derecho.

Los anteriores podrán ser anulados cuando la causa de la interdiccion existia notoriamente en la época de su otorgamiento.

El primer párrafo es el artículo 502 Frances, 500 Holandes, 393

de la Luísiana, 384 Sardo, 304 de Vaud: el segundo párrafo es el artículo 503 Frances, 501 Holandes, 394 de la Luisiana, 305 de Vaud: el 385 Sardo añade: «Lo mismo será si la parte que ha contratado tenia conocimiento de ella con tal que la calidad del contrato, ó la lesion de mas del cuarto que haya intervenido, pruebe su mala fé.»

Adviértase que los artículos estranjeros que forman el primer párrafo del nuestro comprenden, tanto al furioso é imbécil, como al pródigo, y en esto se hallan conformes con las leyes 10, título 10, libro 27, y 6, título 1, libro 45 del Digesto, y 5, título 11, Partida 5: la ejecutoria de interdiccion pone al pródigo en la clase y condicion de un menor de edad para el efecto de obligarse: vé el artículo 987.

Los artículos estranjeros, de donde se ha tomado el segundo párrafo del nuestro, hablan solo del furioso ó imbécil, no del pródigo: los actos de este, anteriores á la ejecutoria de la interdiccion, son válidos é inatacables so pretesto de prodigalidad. En esto se hallan tambien conformes con el Derecho Romano, segun se infiere de la ley 18, título 1, libro 28 del Digesto.

Los dos párrafos de nuestro artículo deben entenderse en el mismo sentido; y á mayor abundamiento se ha añadido el 301: nuestro Derecho Patrio calló sobre el contenido de nuestro segundo párrafo.

La demencia ó locura tiene un carácter mas pronunciado y signos materiales y ostensibles que hacen mas fácil su prueba: los rasgos característicos de la prodigalidad son ó pueden ser engañosos, y á veces la hacen confundir con la liberalidad.

Notoriamente: la ignorancia de lo notorio no escusa, ó mas bien perjudica: vé el artículo 1136.

Hay mala fé notoria en contraer con un loco ó demente notorio; y la prueba de la notoriedad podrá hacerse por testigos, porque la demencia ó locura se manifiestan por hechos, sobre los que es de necesidad referirse al dicho de los que los han visto ú oido: sin embargo, la apreciacion de los hechos para constituir notoriedad, está reservada al justificado arbitrio del Tribunal.

Los actos de fecha anterior á la ejecutoria, si aquella no es cierta, segun lo dispuesto en el artículo 1209, *¿podrán ser atacados en el interes del sugeto á interdiccion, y se presumirán de pleno derecho posteriores á la ejecutoria?*

Dícese que la afirmativa podria arruinar á muchos acreedores de buena fé que no cuidaron de dar á sus créditos la certeza de fecha indicada porque no pudieron prever el caso de interdiccion; y de consiguiente, que á los tribunales toca apreciar las circunstancias de cada caso, y fallar segun su prudente arbitrio.

Pero esto equivaldria á hacer ilusoria la ejecutoria de interdiccion,

abriendo la puerta á fraudes cuya averiguacion será siempre dificilísima, y las mas veces imposible.

ARTICULO 290.

Despues que una persona ha fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos por causa de demencia ó locura, á menos que esta resulte de los mismos actos, ó que se hayan consumado despues de intentada la demanda de incapacidad.

504 Frances, 427 Napolitano, 386 Sardo, 595 de la Luisiana, 304 de Vaud, que hablan solo de actos, sin añadir «entre vivos»; el 502 Holandes esceptúa de los actos que no pueden ser atacados, los de última voluntad.

Ha fallecido. Con la vida del individuo desaparece el medio mas seguro de resolver el problema de su capacidad, pues no puede ya ser interrogado. Cuando no se intentó contra él en vida la demanda de interdiccion, debe tenérsele por haber gozado de la plenitud de sus facultades hasta el último instante. Habria inhumanidad en turbar sus cenizas é injuriar su memoria con pesquisas humillantes y retroactivas cuando él no puede defenderse; y por otra parte seria peligroso dejar la suerte de las obligaciones por él contraidas á la codicia de los herederos y á la incertidumbre de algunas pruebas equívocas.

Entre vivos. Seguimos en esto el artículo Holandes; y á pesar de no espresarse en el Frances, la jurisprudencia francesa lo tiene admitido, no solo en cuanto á testamentos, sino á donaciones.

Nuestro articulo comprende tambien las donaciones como que son actos entre vivos, irrevocables, y que pueden conocerse antes de la muerte del donador, no los testamentos, por la razon contraria de ser revocables y no poder ser conocidos en vida del testador.

A menos que resulte. En este caso la prueba resulta de su mismo hecho, y es clara, precisa, irrefragable, independiente del testimonio incierto de los hombres; y es ademas imposible que la justicia pueda consagrar disposiciones que pertenecen evidentemente á la locura, en lugar de ser el fruto de la razon, de la reflexion y de una sana libertad de espíritu.

Despues de intentada. Seria injusto que por la muerte del loco ó demente quedasen privados sus herederos de un derecho que habian comenzado ya á ejercitar. En este caso, la prueba testimonial, de la que la ley desconfia siempre, se halla legitimada por la presuncion ó principio de prueba que resulta de haberse puesto la demanda: si esta hubiese sido desechada, lejos de favorecer á los herederos, les perjudicaria, porque existiria la presuncion *juris et de jure* de que su autor ó representado no habia estado loco.

ARTICULO 291.

El administrador ó curador interino cesará en sus funciones, y dará las cuentas al curador propietario luego que fuere nombrado.

Y el curador tiene obligacion de exigírselas bajo la responsabilidad del artículo 259.

ARTICULO 292.

El marido es curador legítimo y forzoso de su muger; y esta lo es de su marido, fuera del caso de prodigalidad.

Por el 506 Frances el marido es de derecho curador; el 507 dice que la muger podrá ser nombrada curadora de su marido, en la forma y términos que acuerde el consejo de familia, contra los que podrá aquella recurrir á los tribunales: 429 y 430 Napolitanos; 504 y 505 Holandeses; 399 y 400 de la Luisiana «si la muger tiene las calidades requeridas»: 388 y 389 Sardos; el 388 hace una escepcion cuyos motivos no alcanzo, pues dice: «El marido es de derecho curador de la muger puesta bajo interdiccion por cualquiera otra causa que la de prodigalidad.»

El marido no solo no era curador legítimo de la muger por Derecho Romano, sino que no podia ser lo dativo: « *Furiosæ matris curatio ad filium pertinet*:: *Virum uxoris mente captæ curatorem dari non oportet*;» leyes 4 y 14, título 10, libro 27 del Digesto. «*Maritus uxori suæ curator creari non potest.*» Ley 2, título 34, libro 5 del Código: Gotofredo, en sus pequeñas glosas á las citadas leyes 14 y 6, da las siguientes razones, que me atrevo á calificar de pueriles; *quod difficile postea sit ab eo (marito) postea rationes exigere*:: *quia si vir male gereret, tacite mulier ei negligentiam remitteret.*

Séase de esto lo que se quiera, no puede negarse que la condicion de la muger casada es hoy casi idéntica á la de una persona sujeta á curaduria, que el marido es administrador legal de todos los bienes del matrimonio, sin que nosotros reconozcamos parafernales, artículo 1272, qne debe protegerla y la representa segun los 58 y 62: es pues una consecuencia legal y natural que sea su curador legítimo. El tiene interes propio en administrar bien los bienes, y nadie cuidará mejor de la persona que el que mas la ama.

Esta lo es de su marido. Ya se ha visto que los Códigos modernos solo permiten que pueda ser nombrada, y que aun en este caso puedan imponérsele restricciones: Voet, número 48, título 2, libro 23, sostiene lo mismo por Derecho Romano con muy buenas razones y consecuencias sacadas de algunas leyes, aunque no la hay especial y espresa.

Nosotros la hacemos curadora legítima y forzosa del marido. Si por

la muerte é incapacidad física ó legal del padre recae en ella la patria potestad, ¿cuál será su estado y el de sus hijos menores bajo el aspecto de la autoridad marital y paterna, dándose otro curador á su marido? La confusion, la discordia de hecho: la contradiccion é inconsecuencia en la legislacion: y no se olvide que nosotros le tenemos confiada para este caso la administracion de los bienes del matrimonio en el artículo 1358.

Yo miro los artículos estranjeros como ofensivos del amor conyugal, que generalmente es mas vivo y solícito en las mugeres, sobre todo para un marido desgraciado.

En el discurso 38 frances no se alega otro fundamento del artículo 507 que la inesperiencia ordinaria de las mugeres en la administracion de los bienes y en otros negocios: mas á valer esta razon, la madre no deberia tener la patria potestad, y ninguna muger en ningun estado ni edad podria administrar libremente aun sus bienes propios: habríamos de adoptar, en fin, la perpetua y degradante curaduria á que las sujeta el Código de Vaud.

Fuera del caso de prodigalidad: por lo dispuesto en el artículo 303.

Adviértase que en este artículo, en el siguiente y en el 303, se establecen los casos de curaduria legítima; en el 294 los de la testamentaria; y en todos los otros ha lugar la dativa, ó nombramiento de curador por el consejo de familia: se vé pues que la curaduria legítima, contra lo que sucede en la tutela, prefiere á la testamentaria.

Los Códigos modernos no reconocen sino la legítima del marido para con la muger, y la dativa en todos los otros casos.

En Derecho Romano sobre la materia de este título, y descartada la curaduria de los menores de veinte y cinco años, la de los furiosos y pródigos, fué al principio rigorosamente legítima, despues se introdujo que la proveyese el magistrado con conocimiento de causa porque muchos fingian estar dementes ó furiosos, *quo magis, curatore accepto, onera civilia detrectarent;* pero no podia nombrar á un estraño, sino cuando *legitimus inhabilis adeam rem videatur*, párrafo 3, título 23, libro 1, Instituciones, leyes 6 y 13, título 10, libro 27 del Digesto, y 3, título 70, libro 5 del Código.

Ni la ley 60, título 18, Partida 3, ni la 5, título 5, Partida 3, ni la 13, título 16, Partida 6, ordenaron que esta curaduria fuese legítima: el proyecto de Código civil de 1820 daba á la curaduria legítima la misma estencion que á la tutela.

Si el marido ó la muger no han cumplido diez y ocho años, quedarán sujetos en la administracion al artículo 60, y á todas las restricciones comunes á tutores y curadores.

ARTICULO 293.

Los hijos varones mayores de edad, son curadores de su padre ó madre viudos.

Cuando haya dos ó mas hijos, será preferido el que vive en compañia del padre ó de la madre, y entre estos el de mas edad.

El padre, y por su muerte ó incapacidad la madre, son de derecho curadores de sus hijos legítimos solteros ó viudos, que no tengan hijos varones, mayores de edad, que puedan desempeñar la curaduria.

«*Non dubitabit* (Procónsul) *filium quoque patri curatorem dari: furiosæ matris curatio ad filium pertinet:: pietas enim parentibus æqua debebitur*, leyes 2 y 4, título 10, libro 27 del Digesto. *Filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum*, ley 12, párrafo 1, título 5, libro 26, *si tam probus sit*, libro 1, párrafo 1, título 10, libro 27 del Digesto, La ley 3, título 7, libro 5 del Código, hablando de la hija solo le permita pedirlo.

Parece pues conforme á Derecho Romano la curaduria legítima del hijo varon sobre el padre loco ó demente, aunque algun Jurisconsulto miró como indecoroso, *patrem á filio regi*, ley 12 citada, y esto guardaba armonia con ser justa causa de desheredacion el abandono del padre loco por el hijo segun la Novela 115, capítulo 3, párrafo 12.

Se ha adoptado la disposicion Romana por mas ajustada á los sentimientos naturales de amor y piedad filial: aun mirando la cuestion bajo el mezquino aspecto del interes, ¿quién cuidará de los bienes mejor que el heredero forzoso?

Varones: las hembras son incapaces, número 1, artículo 202.

Mayores de edad: porque si no lo son han de estar en tutela; pero podrán serlo los emancipados con arreglo al artículo 275.

En compañia. Esto es lo mas natural, y pueden los otros hijos haber cambiado de domicilio.

De mas edad: en igualdad de grado prefiere para casos iguales esta circunstancia: vé el artículo 192.

El padre, etc. No puede en este caso negarse al padre y madre sobre los hijos, lo que en iguales circunstancias se concede á estos sobre aquellos: cuidado, que no se habla aqui de otros ascendientes como en el artículo 182. La madre binuba podrá ser curadora legítima de su hijo acordándolo el consejo de familia, y con la responsabilidad del artículo 168.

ARTICULO 294.

En todos los casos en que el padre ó madre pueden dar tutor á sus hijos menores de edad, podrán tambien nombrar curador por testamento á los mayores de edad locos, dementes ó sordo-mudos, salvas las escepciones de los dos artículos anteriores.

Tomado de la ley 16, título 10, libro 27 del Digesto. «*Si furioso puberi, quanquam majori annorum viginti quinque, curatorem pater testamento dederit, eum Prætor dare debet, secutus patris voluntatem:*» En el párrafo 1, dispone lo mismo para con el pródigo: «*his consequens est ut (et) si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat Prætor:*» El artículo 390 Sardo ordena, que el designado por el padre sea elegido con preferencia; pero que el tribunal por motivos graves, y oido el consejo de familia, podrá elegir á otro.

Nuestro artículo no alcanza al caso de prodigalidad, y esto mismo se espresa terminantemente en el artículo 302: nos apartamos pues en parte de la ley Romana.

El caso del pródigo no es ni en el órden moral ni el legal absolutamente idéntico al de los locos y sordo-mudos, y en esta diferencia se funda el artículo 303. El estado moral de los segundos es mas lastimoso que el de los menores, su desgracia es completa y por lo comun sin remedio. Ha parecido, pues, conforme á los sentimientos de la naturaleza y muy útil á estos desgraciados conceder respecto de ellos á los padres la facultad que tienen respecto de los menores.

Salvas las escepciones etc. Es decir, los casos de curaduria legítima del artículo 292 y primer párrafo del 293, porque ya he notado en el artículo 292 á la palabra *adviertase*, que la legítima es preferente y escluye á la testamentaria.

ARTICULO 295.

El consejo de familia nombrará en todos los casos de curaduria un curador adjunto, el cual tendrá las mismas facultades y obligaciones que el pro-tutor.

Cuando el padre ó la madre sean curadores de sus hijos, no habrá lugar al nombramiento de adjunto, y se observará lo dispuesto en los artículos 158 y 159.

El primer párrafo es el 505 Frances, 503 Holandes, 428 Napolitano 387 Sardo, 396 de la Luisiana, 307 de Vaud: dejo ya observado que hablan de tutor y pro-tutor.

En todos los casos: y nombrará tambien curador á falta del testamentario ó legítimo; artículo 307.

Cuando el padre ó la madre: seria indecoroso en este caso el nombramiento de adjunto, y se presume con mas piedad y justicia del amor paterno; ¿será un estraño el que haya de vigilar la conducta del padre sobre la persona y bienes de un hijo desgraciado? Y lo mismo será si el hijo tiene nietos: el abuelo será tutor de estos sin pro-tutor, y en los mismos términos que es curador del padre.

ARTICULO 296.

El curador de una persona que tenga hijos menores de edad, será tambien tutor de estos; y el curador adjunto hará las veces de pro-tutor.

507 Holandes. Esta disposicion es sencilla, útil y aun necesaria: el curador debe desempeñar todo lo que estaba á cargo de la persona sujeta á interdiccion y representada por él: adviértase que se va hablando de los locos, dementes y sordo-mudos; en cuanto á los pródigos, vé los artículos 303 y 304.

ARTICULO 297.

Cuando haya de contraer matrimonio algun hijo del que tiene curador, se acordará por el consejo de familia lo que haya de dársele de los bienes del padre, así como todo lo concerniente á las capitulaciones matrimoniales; pero, no conformándose el consejo y el curador, decidirá el juzgado de primera instancia, oyendo al ministerio fiscal.

El 511 Frances dispone que todo se arregle por el parecer del consejo de familia, confirmándolo el Tribunal con audiencia del Fiscal; 454 Napolitano, 594 Sardo, 508 de Vaud, 405 de la Luisiana: el 514 Holandes se refiere á lo dispuesto en otro lugar sobre el matrimonio de los menores.

Nom solum dementis, sed etiam furiosi liberi cujuscumque sexus possunt legitimas contrahere nuptias, tam dote quam ante nuptias donatione á curatore eórum præstanda, æstimatione, tamen, etc.: somete el señalamiento de la dote ó donacion al prefecto de la ciudad, y en las provincias á los presidentes, pero con asistencia del curador y de los parientes del furioso ó demente. Ley 25, título 4, libro 5 del Código.

La necesidad del consentimiento del curador del loco ó demente para que los hijos de este contraigan matrimonio, se regulará por lo dispuesto en el artículo 52: el curador del padre es tambien tutor de los hijos segun el artículo anterior.

Nosotros no hacemos necesaria la intervencion del tribunal y del fiscal, sino á falta de conformidad entre el curador y el consejo: el celo

y prudencia de los dos, cuando están acordes, son la suficiente garantía para los intereses del padre é hijo, asi como para el decoro de la familia, pues todo esto habrá de tomarse en consideracion: ademas, la causa de los matrimonios es favorable, y no conviene que sin absoluta necesidad se hagan públicos en estrados los secretos de las familias: vé el artículo 306 y tambien el 1241,

ARTICULO 298.

La primera obligacion del curador ha de ser cuidar que el incapaz adquiera ó recobre su capacidad; y á este objeto se han de aplicar principalmente los productos de sus bienes.

El consejo de familia decidirá si el incapaz ha de ser cuidado en su casa ó trasladado á un establecimiento público: pero no intervendrá en esto cuando el curador sea el padre, la madre ó el hijo.

Es el 510 Frances que omite el final del segundo párrafo del nuestro, porque no reconoce la curaduria del padre y de la madre sobre el hijo: 453 Napolitano, 393 Sardo, 307 de Vaud, 403 de la Luisiana, y el 412 ordena que el juez visite por sí mismo *al interdicto*, cuando lo estime necesario: segun los 508 y 509 Holandeses al tribunal solo toca pronunciar sobre el modo con que ha de ser tratado *el interdicto*.

La ley 22, párrafo 8, título 3, libro 24 del Digesto, hablando del marido de una muger furiosa, dispone lo mismo que nuestro primer párrafo; su curador ó parientes pueden pedir al juez que sea compelido el marido *omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta præstare, et medicinæ ejus succurrere, et nihil prætermitti quæ maritum uxori adferre decet.*

En suma, la obligacion del curador es en este caso la misma del tutor respecto á la persona del menor.

Y como la mayor desgracia del interdicto es su lastimoso estado mental, á sacarle y curarle de él se han de aplicar primera y principalmente sus rentas, pues no puede hacerse un uso mas útil y piadoso de ellas.

Este encargo ú obligacion alejará al consejo y curador de acceder á las sórdidas ó inhumanas economías que puedan proponer los presuntos herederos.

Los productos de sus bienes. Y en caso de necesidad los mismos bienes guardándose lo dispuesto en el capítulo 9.

El consejo: no puede darse juez mas competente, porque el interes del *interdicto* es inseparable en este caso del decoro de la familia.

Pero no intervendrá, etc.: por las mismas consideraciones de bien parecer y delicadeza, que, segun el artículo 293, no se les nombra adjunto.

ARTICULO 299.

Lo dispuesto hasta aqui en el presente titulo se estiende á la curaduría del pródigo con las modificaciones siguientes.

Hasta aquí se ha tratado de locos, dementes y sordo-mudos; pero lo dispuesto sobre ellos, y mas notablemente el artículo 285, es por regla general aplicable á los pródigos. Pásese ahora á especificar las modificaciones que en la aplicacion hace necesarias la diferencia que en el órden moral existe realmente entre unos y otros: vé lo espuesto al principio del artículo 294.

Y fácil es echar de ver, que algunos de los artículos anteriores son por sí mismos inaplicables á los pródigos; el artículo 281, por ejemplo, lo del interrogatorio y facultativos del 282 y el 298: la aplicacion de los otros es la que se modifica y aclara.

ARTICULO 300.

La demanda de interdiccion por causa de prodigalidad no podrá intentarse sino por el cónyuge y heredero forzoso; y en el caso de hallarse estos en la menor edad ó en estado de incapacidad, por el ministerio fiscal, de acuerdo con el consejo de familia.

El juicio se seguirá con el pródigo, y cuando este no se presente, el tribunal le nombrará defensor.

Vé los artículos estrangeros citados en el nuestro 280, y lo espuesto en el 279 á la palabra *pródigos*: allí se verá la singularidad del Código Holandes en este punto. El artículo 372 Sardo dice:

«Cuando la prodigalidad de un individuo sea notoria, si tiene ascendientes ó descendientes, ó si viven el esposo ó la esposa, el abogado fiscal podrá por sí mismo provocar la interdiccion.»

Entre los Romanos esta demanda correspondia tan solo á los parientes segun unos; otros la estendian á los amigos, y aun admitian el procedimiento de oficio: y lo mismo se observaba entre nosotros á falta de ley espresa.

Resulta de este resúmen, que los Códigos estranjeros (bien hayan admitido la interdiccion absoluta del pródigo, ó solamente el nombramiento de un consultor judicial) dan al derecho de demandar en este caso la misma latitud que en el de los locos, dementes y sordo-mudos; es decir, la de nuestro artículo 280.

Nosotros lo restringimos á los verdaderamente interesados, como los herederos forzosos por razon de la legítima, y la muger por su dote, ganancias y alimentos.

Una demanda de interdiccion por prodigalidad (séase cualsequiera su éxito) mancha siempre la reputacion del demandado, y le acarrea ó puede acarrear graves perjuicios; sus actos son equívocos y pueden fácilmente inducir en error: el pródigo en concepto de unos, es puramente liberal á los ojos de otros. En este caso no se atraviesa realmente un interes público, ni aun de toda la familia, pues no tiene derecho sobre los bienes; el interes es la medida de la accion, y no hay mas interesados que los herederos forzosos y la muger.

En la menor edad, etc. He observado en el artículo 284 que el ministerio fiscal es el guardian y defensor nato de las personas miserables é incapaces.

De acuerdo con el consejo. Por el decoro de los mismos menores ó incapaces, y hasta cierto punto de la familia. La demanda de un hijo contra su padre, ó de un cónyuge contra el otro por causa de prodigalidad, es cosa muy dura, y la necesidad sola puede justificarla: es una verdadera acusacion, y cuando aquellos física ó legalmente no puedan espresar su voluntad ¿quién podrá interpretarla mejor que el consejo?

El juicio se seguirá, etc. El pródigo puede defenderse, y por eso no tiene lugar aqui la disposicion del artículo 284; el nombramiento oficial de defensor se funda en lo grave y trascendental del juicio, y en que habrá pródigos tan completamente rematados que no se curen de seguirlo. En este título hay disposiciones que al parecer tendrian lugar mas propio en el de procedimientos civiles: pero como este no existe, ha parecido conveniente anticiparlas.

ARTICULO 301.

Los actos del pródigo, anteriores á la demanda de interdiccion, no podrán ser atacados por causa de prodigalidad, pero sí los que han mediado entre la demanda y la ejecutoria, cuando manifiestamente adolezcan de aquel vicio, ó cuando el tribunal haya nombrado administrador interino.

Vé los artículos estranjeros citados sobre el segundo párrafo del nuestro 289 y lo espuesto en su razon.

Desde luego se echan de ver las notables diferencias entre aquel artículo y este: allí pueden ser atacados todos los actos del loco ó demente anteriores á la ejecutoria de interdiccion, aunque lo sean tambien á la demanda; aqui solo pueden serlo, y en ciertos casos, los que mediaron entre la demanda y la ejecutoria; los anteriores á la demanda son de todo punto inatacables so pretesto de prodigalidad. ¿En qué vendrian á parar la fé y estabilidad de los contratos, si pudieran ser impugnados con este pretesto equívoco y retroactivo? Nosotros habemos proscrito la rescision por lesion enorme: si hubo dolo que dió cau-

sa al contrato, este será nulo para todos: vé los artículos 988, 995, y 1164.

Cuando manifiestamente adolezcan, etc. Sin estas escepciones podria fácilmente el pródigo hacer de antemano ilusoria la ejecutoria de interdiccion. El que contrae, sabe, ó debe saber la condicion del otro contrayente, 19 de *regulis juirs*; debió pues saber aquí que mediaba ya la demanda de interdiccion; y harto se da al derecho rigoroso dejando subsistir el contrato, cuando notoriamente no adolezca de este vicio: si adolece, la mala fé es igualmente notoria. Los posteriores á la sentencia de interdiccion apelada, aunque despues se confirme, podrán ser impugnados.

Pero advierto que el caso de esta escepcion será muy raro, porque lo comun es proceder al nombramiento de un administrador interino, y desde entonces todos los actos del pródigo son nulos.

ARTICULO 502.

El padre será de derecho curador del hijo pródigo.

En los demas casos, corresponde al consejo de familia el nombramiento de curador y del adjunto, pudiendo recaer en la madre del pródigo.

La muger y el hijo pueden, sin ofensa de la piedad y del decoro, ser curadores del marido ó padre locos, segun los artículos 292 y 293; ¿pero cómo serlo de los pródigos? Esto seria una escandalosa perturbacion de los respetos naturales en el hijo, y ademas la discordia en el matrimonio: vé los dos artículos citados y el siguiente. Tampoco se declara á la madre curadora legítima, aunque pueda serlo dativa, porque no será siempre igual su prestigio ó fuerza para contener al hijo pródigo.

En los demas casos por manera que no se reconoce al padre ni á la madre respecto del pródigo, la facultad que les da el artículo 294 respecto de los locos, dementes y sordo-mudos.

Recaer en la madre: al consejo toca apreciar la posicion personal de la madre y del hijo, y todas las demas circunstancias en cada uno de los casos que ocurran.

ARTICULO 503.

La curaduría por prodigalidad no da al curador autoridad alguna sobre la persona del pródigo, y únicamente se contrae á los bienes y obligaciones. El pródigo conserva igualmente sobre las personas de su muger é hijos los derechos de su autoridad marital y paterna.

En Derecho Romano, que admitió la curaduría de los menores

de 25 años, era una especie de axioma, *curator primarie rebus personæ tantum per consequentiam datur: officium ejus in administratione negotiorum constat*, no le pertenece que el menor se case ó no; el menor puede hacerlo á su arbitrio. Ley 20, título 2, libro 23 del Digesto, y 8, título 4, libro 5 del Código.

A pesar de esto, ¿cómo podria negarse que la curaduría, en el caso de locura ó demencia, tenia por objeto tan primario y principal á la persona como á las cosas? La persona del loco ó demente era mas incapaz y necesitaba mas cuidados que el menor de catorce años, y aunque conservaba la patria potestad, ley 8, título 6, libro 1 del Digesto, estaba y no podia menos de estar en suspenso su ejercicio.

En cuanto al pródigo, no pudo darse el curador primaria ni secundariamente, ó por consecuencia á la persona. Aqui es donde con todo rigor y propiedad tenian lugar las citadas leyes 2 y 8: *officium curatoris in administratione negotiorum constat, curator solam rei familiaris sustinet administrationem*: el curador no podia tener autoridad sobre la persona de un mayor de edad, y en el buen uso de su razon fuera de lo concerniente á la administracion de sus cosas.

Esta misma doctrina se conserva en el artículo, y en ella se funda su diferencia con el 296: el loco ó demente no tiene ni puede tener voluntad en aquel estado; debe, pues, su curador ser tutor de sus hijos menores, y para el matrimonio de estos regirán los artículos 51 y 52: el pródigo, por la razon contraria, conserva toda su autoridad marital y paterna en las personas, no en las cosas de su muger é hijos: estos, por ejemplo, necesitarán, para casarse, de su consentimiento en los términos del artículo 51.

ARTICULO 304.

El curador del pródigo administrará tambien los bienes de sus hijos menores, salvo al padre el usufructo en los que lo tenga.

Vé lo espuesto en el anterior: el curador administra cuanto administraba y administraria el pródigo libre de la interdiccion, salva la escepcion del artículo siguiente.

ARTICULO 305.

La muger del pródigo tiene la administracion de su dote, con sujecion á lo que se dispone en los articulos 1365 y 1366.

Vé los artículos que se citan.

ARTICULO 306.

En el caso del artículo 297, el pródigo deberá ser oido siempre por el consejo de familia.

Es muy conforme á la piedad y al decoro, que el padre, pródigo sí, pero sano de juicio, sea oido en el acto ó contrato mas importante de la vida de su hijo, como son las capitulaciones, aunlas que no versen precisamente sobre los bienes del padre. Este artículo, ó mas bien el 297, es una escepcion ó modificacion del 1241 del contrato de matrimonio: el consentimiento del padre pródigo es necesario para el matrimonio de su hijo, y sin embargo no lo es para los pactos ó capitulaciones matrimoniales.

ARTICULO 307.

Lo dispuesto para la tutela tiene tambien lugar en todos los casos de curaduría, en cuanto no sea contrario á lo determinado en este título.

361 y 362 de la Luisiana, 955 Prusiano y 306 Holandes: lo mismo se observa en el Derecho Romano: despues de los títulos de la tutela y curaduría, traen las Instituciones en su libro primero el 23 y siguientes, comunes á los tutores y curadores: unos y otros son comprendidos en la ley 13, título 16, Partida 6, con el nombre comun de *guardadores*; por manera que lo dispuesto en el mismo y en los siguientes, se entiende de tutores y curadores. Entiéndase, pues, que rige con los curadores, en términos hábiles, todo el título octavo: las mismas obligaciones acerca del inventario, hipoteca, administracion, cuentas, las mismas causas de incapacidad, escusas y separacion: el mismo derecho á retribucion.

ARTICULO 308.

Cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría, cesa tambien esta; pero deberá preceder declaracion judicial que levante la interdiccion, observándose en ello las mismas formalidades que para establecerla.

512 Frances, 395 Sardo, 408 de la Luisiana, 516 Holandes, 433 Napolitano.

Tamdiu erunt ambo (furiosus et prodigus) incuratione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille (prodigus) sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatoris. Ley 1, título 10, libro 27 del Digesto.

Sobre las palabras *ipso jure* de esta ley, y si era ó no necesaria nue

va declaracion ó decreto judicial levantando la interdiccion, han disputado los intérpretes. La afirmativa, adoptada en nuestro artículo y en los estranjeros citados, era la comun, al paso que la mas legal y razonable.

La cosa juzgada es tenida por la verdad, 207 de *regulis juris* y 32, título 34, Partida 7: el declarado injustamente pródigo por el Juez, queda no obstante sujeto á todas las consecuencias de la interdiccion, hasta que obtenga un decreto revocatario del primero, ley 16, párrafo 5, título 10, libro 27 del Digesto: nada es tan natural *quam eo genere quidque disolvere quo colligatum est*, 35 de *regulis juris*: si es necesario conocimiento de causa y decreto de interdiccion para no confundir, por ejemplo, la liberalidad, que es una virtud, con la prodigalidad, que es un vicio, debe serlo por la misma razon y con mayor fuerza el decreto de revocacion, pues el pródigo puede simular con artería la enmienda y engañar á los mas precavidos: finalmente, *facti quæstio est*; por los hechos ha de resolverse la prodigalidad ó sanidad, y los hechos requieren siempre conocimiento judicial.

Las mismas formalidades: las del artículo 282, la audiencia del ministerio fiscal, si intervino para la interdiccion segun los artículos 281 y 284, la insercion de la sentencia revocatoria segun el 288; pero el *interdicto* podrá por sí solo pedir la revocacion, aun contra la voluntad de su curador, que en este caso habrá de ser parte en la causa.

ARTICULO 309.

El curador tiene derecho á ser relevado de la curaduria pasados diez años desde que se encargó de ella.

Los cónyuges, descendientes ó ascendientes, no gozarán de este beneficio.

Es el 508 Frances, 431 Napolitano, 401 de la Luisiana, 309 de Vaud, 391 Sardo; el 515 Holandes fija ocho años.

La curaduria no tiene, como la tutela, un término cierto para acabarse, á saber, la mayor edad del huérfano; y no es justo que uno sufra la carga indefinidamente, quizá por toda la vida.

Los cónyuges etc. Las obligaciones de estos para con el desgraciado, cuya curaduria les ha sido confiada, son mucho mas estrechas y sagradas que las de todo otro pariente ó estraño: están fundadas en la naturaleza, y nadie puede dispensarse de cumplir las de esta especie.

Ascendientes. Aunque los abuelos no sean curadores legítimos por el artículo 293, pueden haber sido nombrados por el padre ó la madre con arreglo al artículo 294, ó por el consejo de familia, y podrán serlo tambien las abuelas segun el número 1, artículo 102.

TITULO XI.

DE LOS AUSENTES.

No se trata aquí de la ausencia para procedimientos criminales: el Código de este nombre proveerá sobre ella.

Tampoco se trata de la ausencia, como causa de restitucion, pues no habemos admitido esta por aquel título; y el Derecho Romano y Patrio que la admitian, supusieron en esta materia haberse noticia de la vida y paradero del ausente: quien deba ser tenido por tal, en cuanto al mayor ó menor término para la prescripcion, aparece de los artículos 1954 y 1967.

Por ausentes en el presente título solo se entienden los comprendidos en su artículo primero ó 310. La ley que ha provisto, en los títulos de tutela y curaduria, á los que por su corta edad y otros impedimentos no pueden defender sus personas, ni administrar bien sus cosas, ha debido ocuparse de los intereses del ausente, que por esto solo se presume hallarse en la misma imposibilidad: hay tambien un interes público en que las propiedades no estén por demasiado tiempo en el abandono é incertidumbre.

La navegacion, el comercio y hasta el amor de las ciencias, han llegado á introducir cierta especie de *cosmopolitismo:* las emigraciones á paises lejanos en busca del bienestar, ó por las revoluciones y guerras civiles, son por desgracia muy frecuentes.

Es por lo tanto hoy dia mucho mayor la importancia de esta materia que lo fué en tiempos antiguos, y todos los legisladores modernos se han apresurado á regularizarla. Las leyes son hijas de las necesidades de los pueblos: los antiguos no las tuvieron, ni tan vastas, ni tan enérgicas como los modernos.

El Derecho Romano fué, y no pudo menos de ser, muy diminuto en este punto, ó por mejor decir, lo pasó en silencio. Los autores han buscado argumentos encontrados de simple analogia en las leyes 12 y 13, título 8, libro 2, 56, título 1, libro 7, 68, título 2, libro 35 del Digesto; y en el capítulo 7 de la Novela 22: pero *de tempore quo quis absens pro mortuo habendus sit certi quidquam Romanis ex legibus peti nequit*, segun observa uno de sus mejores intérpretes.

Casi lo mismo puede decirse de nuestro Derecho Patrio. «Si aquel de cuya muerte dubdan, dizen que en estraña é luenga tierra es muerto, é grand tiempo es passado, assi como diez años arriba; abonda que prueven que esto es fama entre los de aquel lugar é que pública-

mente dizen todos que es muerto:» esto es todo lo que sobre esta materia se encuentra en la ley 14, título 14, Partida 3, y en la 12, título 2, se manda dar curador á los bienes del ausente cuando sea demandado: por lo tanto no haré en las concordancias mencion de ambos derechos.

CAPITULO PRIMERO.

De las medidas provisionales en caso de ausencia.

Estas medidas, como provisionales y producto de la urgencia, duran hasta la declaracion de la *ausencia propiamente dicha* que es el objeto del capítulo 2; y los efectos de la declaracion duran hasta la presuncion de muerte, objeto del capítulo 4.

ARTICULO 310.

Cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado, y se ignora su paradero, podrá el tribunal, en caso de urgencia, y á instancia de parte interesada ó del ministerio fiscal, nombrar persona que la represente, en todo aquello que se considere necesario.

Esto mismo se observará, cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

112 y 222 Franceses, 76 y 87 Sardos, 34 y 45 de Vaud con la adicion, «Y aun de oficio;» 118 y 128 Napolitanos y 519 Holandes, que ordena el nombramiento de un *curador* de los bienes del ausente.

Desaparece: bien sea por razon de viage, ó repentinamente, é ignorándose el motivo de la desaparicion, aunque en este segundo caso suele ser mas fundada la sospecha ó presuncion de muerte.

Sin dejar apoderado: porque si lo hay representa al ausente.

Podrá el Tribunal en caso de urgencia. Aunque la ausencia sea menor de cuatro años, con tal que haya urgencia por atravesarse el interes de un tercero ó del público; pero la calificacion de la urgencia queda enteramente al equitativo arbitrio del tribunal, y en toda la materia de este título se estimará competente el del domicilio del ausente, porque puede apreciar mejor que ningun otro todos los motivos y circunstancias de la ausencia.

De parte interesada ó del ministerio fiscal: y aun de oficio en algunos casos: en Madrid, por ejemplo, no pueden los dueños tener sin uso y cerradas las casas, ley 8, título 10, libro 10, Novísima Recopilacion, y yo entiendo que esta prohibicion, como de policía y buen go-

bierno, debe regir aun despues de promulgado el Código. Si la autoridad viera cerrada la casa del ausente, podria proceder de oficio para que la ley tuviera cumplimiento: pero el artículo habla de *Tribunal*, es decir, de *autoridad judicial*.

No se tiene por parte interesada á la que no asiste un derecho cierto, que pueda ser objeto de una accion ó demanda contra el ausente. Los acreedores, socios y coherederos del ausente, tienen indudablemente este derecho; los amigos y parientes no, porque el simple afecto ó sentimiento no crea un derecho, y podrán aquellos escitar al ministerio público.

Se duda si los herederos presuntivos deberán reputarse interesados, y podrán instar como tales.

Entiendo que no, porque su derecho á los bienes, en este primer período de la ausencia, no pasa de una esperanza; y sugestion directa en un término tan corto tendria visos de codicia: aguarden, pues, que sea pasado el término del artículo 313, y esciten entretanto el celo Fiscal que no negará su ausilio si lo reclaman consideraciones de interes público.

Que se considere necesario. Esto, como la calificacion de la urgencia, queda al prudente arbitrio del tribunal, que segun los casos podrá proveer á la administracion total ó parcial de los bienes, ó nombrar persona que represente y defienda al ausente en un negocio determinado.

Cuando caduque el poder: porque desde entonces deja de haber apoderado.

ARTICULO 311.

En el caso del artículo anterior el cónyuge que se ausenta será representado por el que está presente.

124 Frances, 130 Napolitano, 46 de Vaud, 539 Holandes, que colocan esta disposicion entre los efectos de la declaracion de ausencia, y hablan del caso en que el esposo presente opte por la sociedad legal; 65 y 66 de la Luisiana. El Código Sardo, poco favorable á la sociedad legal, solo permite á la muger, hecha ya la declaracion de ausencia, pedir una pension subsidiaria de los bienes del marido si no tiene de qué vivir; artículo 84.

Aquí se establece generalmente: los casos de régimen dotal puro han de ser rarísimos fuera de Cataluña; y si aun en ellos ha de regir el artículo 292 por obligacion rigorosa, ¿cómo privar á la muger de la administracion de los bienes de su marido ausente, administracion que en el artículo siguiente no podemos menos de asimilar á la curaduría, y que otros Códigos la llaman así espresamente?

En cuanto al marido presente, claro está que continuará adminis-

trando los bienes del matrimonio, en conformidad á lo dispuesto en los artículos 60, 1276, 1333. Aunque no se atienda sino á las ventajas del mismo ausente, ¿quién puede dar mayor garantía de una buena administracion que el cónyuge que, administrando los bienes del ausente, administra los suyos propios?

Será, pues, legal y obligatoria la administracion de la muger presente, al menos hasta la declaracion de ausencia, porque la recibirá directamente de la ley y no de los tribunales, y quedará sujeto á la disposicion del artículo siguiente. En Aragon la muger tiene la administracion legal de los bienes de su marido ausente.

ARTICULO 312.

Siempre que el tribunal nombre un representante del ausente, dictará las providencias oportunas, para asegurar los derechos é intereses de este, así como las facultades, obligaciones y remuneracion del primero; regulándolas segun las circunstancias, por lo que está prescrito de los curadores.

Vé lo espuesto á las palabras *que se crea necesario* del artículo 310. Como los casos han de variar, y no es posible dar una regla especial para cado uno, vale mas referirse al celo y prudencia de los jueces con encargos é indicaciones generales.

El objeto principal del artículo 310 es proteger los derechos é intereses del ausente: las medidas para lograr este objeto pueden variar segun los casos; pero no puede negarse que el nombrado por los tribunales, llamésele administrador, representante, ó como se quiera, tiene mucho *de curador*, y este concepto es el que se recuerda á los tribunales como regla para llenar el objeto del artículo mencionado: dejo ya observado que algunos Códigos como el de Holanda y la Luisiana, el Austriaco y el de Vaud, le llaman curador y le imponen sus obligaciones: El Prusiano le llama tutor: la ley 12, título 2, Partida 5, manda dar guardador (curador) á los bienes del ausente demandado, y el título 7, libro 42 del Digesto es «*De curatore bonis dando.*»

CAPITULO II.

De la declaracion de ausencia.

El objeto de este capítulo es la *ausencia legal ó propiamente dicha.*

En el primer capítulo no existe sino una ausencia material y corta, que algunos Códigos califican, no sin propiedad, *de presuncion de ausencia*: por esto los tribunales no proveen durante aquel período, sino á lo que estimen necesario y en caso de urgencia.

Pero cuando á la desaparicion sin dejar apoderado y á la falta absoluta de noticias se agrega el trascurso de cuatro años ó cinco, segun el artículo 317, no puede negarse que se debilita la presuncion de vida, ó que por lo menos hay incertidumbre sobre esta.

¿Cómo esplicar racionalmente que por tanto tiempo haya podido el ausente permanecer sordo á la voz de la sangre, de la amistad y de su propio interes?

La ley obra sábiamente en regular sus efectos por las mayores probabilidades de vida ó muerte, atendida la duracion de la ausencia, y consultando en sus diversos periodos á los intereses del ausente, á los de la sociedad y á los de un tercero.

En este segundo periodo saca los bienes del abandono, y da su posesion á los que tienen mayor interes en su conservacion y fomento.

Las reglas que fijan la duracion de la ausencia son, y no pueden menos de ser, generales, salvo el arbitrio judicial cuando la ley lo autoriza para no juzgar rigorosamente por la sola duracion.

ARTICULO 313.

Pasados cuatro años sin haber tenido noticia del ausente, podrá declararse la ausencia.

Esta accion solo puede intentarse por los herederos presuntivos legítimos ó instituidos en testamento abierto, y por cualquiera otro que tenga sobre sus bienes algun derecho subordinado á la condicion de su muerte.

115 Frances que usa de la palabra genérica «Partes interesadas» para intentar esta accion: aunque en mi concepto debe ser interpretado por el 120 que dice «Sus herederos presuntivos.» Le siguen el 121 Napolitano y 37 de Vaud. El Código Holandes no reconoce esta declaracion intermedia, sino *la de presuncion de muerte*: para intentarla han de haber pasado cinco años, y el tribunal puede diferirla por otros cinco, artículos 523 y 525.

El artículo ha sido tomado del 79 Sardo, suprimiendo que los herederos presuntivos y demas interesados, por tener en los bienes del ausente algun derecho subordinado á la condicion de su muerte, hayan de ser oidos en juicio contradictorio con los herederos legítimos: esto se practicará por necesidad aunque no se mande: los legítimos serán tambien citados cuando la declaracion sea pedida por otros: no habiendo quien la pida habrá lugar á lo dispuesto en el capítulo primero.

Podrá declararse la ausencia. Los cuatro años vienen á ser cinco por el 317.

El tribunal *podrá*, pero no estará obligado á hacer la declaracion de ausencia si por el resultado de los autos descubre alguna causa que

ha podido poner al presunto ausente en la imposibilidad de dar noticias suyas; si subsisten todavía las causas ó motivos conocidos de la ausencia, y tanto en este caso, como en el de que nadie reclame la declaracion, subsistirán ó podrán dictarse las medidas provisionales de que se trata en el capitulo 1.

Herederos presuntivos: por el derecho actual y cierto que se les concede en el artículo 318 para ser puestos en posesion.

En testamento abierto. La apertura del cerrado ó secreto se reserva para despues de hecha la declaracion segun el artículo 318; todo lo que parece conforme á la voluntad del testador.

Derecho subordinado: son los espresados en el párrafo 3 del artículo 318.

ARTICULO 314.

El cónyuge presente podrá impedir la declaracion de ausencia del otro cónyuge, ó egercitar, despues de hecha la declaracion de ausencia, los derechos subordinados á la condicion de la muerte del ausente.

El cónyuge, etc. Vé lo espuesto en el artículo 311: las razones son aqui las mismas.

La administracion, que respecto de la muger habia sido obligatoria en el primer periodo, deja de serlo ya en este, porque puede no oponerse á la declaracion de ausencia, y en tal caso la posesion y administracion de los bienes se regirán por el artículo 318: si la muger se opone á la declaracion, tendrá que seguir administrando: pero ni ella, ni el marido en su caso, podrán oponerse á la declaracion de la *presuncion de muerte*, porque sus efectos son *definitivos* segun el artículo 323, y el interes público exige que los bienes salgan de la incertidumbre.

O ejercitar despues de hecha, etc.: y tambien podrá pedir la separacion de bienes con los efectos consiguientes, segun lo dispuesto en el capitulo 5, título 6, libro 3.

ARTICULO 315.

En el caso de que el ausente haya dejado apoderado para la administracion de sus bienes, no podrán los parientes hacer esta reclamacion hasta pasados diez años despues de su desaparicion, y haberse recibido las últimas noticias.

121 Frances, 126 Napolitano, 44 de Vaud, 86 Sardo: el 59 de la Luisiana exige para el caso de este artículo siete años desde las últimas noticias del ausente.

Este artículo es una modificacion razonable del 313. Mayores consideraciones merece el que ha provisto formalmente á la administracion de sus bienes y negocios, que el que los ha dejado en el abandono.

El primero da á entender que ha previsto una ausencia larga, pues que ha ocurrido á la primera necesidad que aquella trae consigo, y se le cree por esto mismo dispensado de mantener correspondencia por cierto tiempo.

El segundo tiene contra sí presunciones enteramente opuestas. Debe creerse que esperaba volver muy pronto por el hecho mismo de no dejar apoderado, y que ha debido suplir esta omision por cartas, desde que ha visto que se prolongaba su ausencia.

Apoderado: aunque el poder sea por tiempo de mas ó menos de diez años; en este segundo caso, como en el de morir el apoderado antes de los diez años, solo habrá lugar á las medidas provisionales del capítulo primero.

Pasados los diez años, la presuncion de muerte, ó la incertidumbre de la vida del ausente, prevalece sobre las favorables al mismo, y podrá pedirse la declaracion de ausencia.

Diez años; pero habrá de pasar uno mas antes de hacerse la declaracion segun el artículo 317.

Despues de su desaparicion etc.: para la declaracion de la ausencia *legal* y *propiamente dicha* han de concurrir la desaparicion y la falta absoluta posterior de noticias; aquel, de quien se tienen, no puede ser declarado ausente ni despojado de su propiedad.

ARTICULO 316.

Si el juez encuentra fundada la reclamacion, remitirá al Gobierno un testimonio de ellas, para que se anuncie en los papeles oficiales, y se la dé la conveniente publicidad.

El 118 Frances comete al Procurador del Rey (Fiscal) que envie todas las sentencias, tanto interlocutorias como definitivas, al Ministro de la Justicia para que les dé publicidad. Le siguen generalmente los otros Códigos, y aun se muestran mas minuciosos en los medios de dar toda la publicidad posible.

Nuestro artículo impone esta obligacion al Juez, y en ello se gana tiempo. Por esta misma consideracion y porque la demanda es el acto y pieza mas importante, se limita á ella la obligacion impuesta al Juez. Los medios para la conveniente publicidad se dejan á la prudencia del Gobierno, es decir, del Ministro de Gracia y Justicia, con quien no podrá menos de entenderse el Juez, sin perjuicio de que aquel recurra á sus compañeros en lo que fuese necesario. El obeto de esta pu-

blicidad es que el mismo ausente haga saber de sí, ó lo hagan otros que tuvieren noticias suyas.

Tal vez habria sido mejor suprimir las palabras. «Si el juez encuentra fundada la reclamacion:» yo no las encuentro en ningun Código, y es tan peligroso, como impropio de este, dar ó suponer en el Juez la facultad vaga de no admitir ó dar curso á una demanda de esta especie.

ARTICULO 317.

La declaracion de ausencia no podrá decretarse hasta pasado un año, desde que se anuncie su reclamacion en el papel oficial del Gobierno: decretada que sea, se la dará igual publicidad que á la reclamacion.

El 119 Frances dice: «Un año despues de la sentencia (auto interlocutorio) en que se mande recibir la informacion;» porque en el 116 se dispone que el tribunal mande recibirla por testigos al tenor de los documentos producidos con la demanda: siguen al Frances el 125 Napolitano, 82 Sardo y 41 de Vaud.

Nosotros no prescribimos al tribunal este ni otros trámites que propiamente corresponden al Código de procedimientos civiles, y favorecemos al ausente con no computarse en el año el tiempo que necesariamente ha de mediar entre el primer auto del tribunal y la insercion en el papel oficial del Gobierno.

A favor de esta dilacion todos los que tengan ya, ó adquieran durante ella, algunas noticias sobre la existencia del ausente y este mismo, podrán darlas al tribunal, y desconcertar las intrigas de la mala fé y de la codicia. Pero ninguna dilacion ó término se prescribe como necesario entre la declaracion de ausencia y auto de posesion del artículo siguiente: antes por el contrario, podrán ir juntos en una misma sentencia.

Decretada que sea, etc. Esta nueva publicidad es tambien favorable al ausente, porque mas de una vez contribuirá á que cesen los efectos de la declaracion de ausencia.

CAPITULO III.

De los efectos de la declaracion de ausencia.

ARTICULO 318.

Declarada la ausencia, si existe un testamento cerrado, se abrirá á instancia de cualquiera que crea tener derecho en él.

Los herederos testamentarios, y en su defecto los legítimos del ausente

al tiempo de la desaparicion ó de sus últimas noticias, serán puestos en posesion provisional de sus bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administracion.

Los legatarios, donatarios, y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condicion de su muerte, podrán tambien ejercitarlos dando fianza.

120 y 123 Franceses: en ambos se habla de *herederos* presuntivos, entendiéndose únicamente por tales á los *legítimos*: al menos asi parece inferirse de los discursos 12, 13 y 14 al motivar los mencionados artículos; 126 y 129 Napolitanos, 42 y 43 de Vaud, 58 y 65 de la Luisiana; pero en el 64 son preferidos, como en nuestro artículo, los herederos testamentarios á los legítimos: el 528 Holandes habla de herederos presuntivos que tengan derecho á la herencia del ausente por testamento ó sucesion legítima; y por esto mismo da la preferencia á los primeros.

Nuestro artículo es el 84 Sardo, que está en armonia con el 79 tambien Sardo, ó 315 nuestro.

La presuncion fundada en el testamento es mas fuerte que la fundada en la ley, pues que esta no dispone sino para el caso de no haber dispuesto el hombre: ¿y cómo negar al heredero instituido en los bienes hereditarios la preferencia que se reconoce al legatario en las cosas particulares, objeto del legado?

Cerrado: porque el público no necesita abrirse, y se ha tratado ya de él en el capítulo anterior. En la apertura del testamento cerrado, y en la del ológrafo cuando tambien lo sea, habrá de observarse lo dispuesto en la seccion primera, capítulo 3, título 1, libro 3.

Al tiempo de la desaparicion ó de sus últimas noticias: Tanto en este capítulo como en el anterior y en el que sigue, se atiende constantemente á estas dos épocas para calificar el concepto y derechos de heredero: la presuncion se retrotrae en todos los casos á una de las dos épocas.

Puede por lo tanto suceder que el que era heredero presuntivo en una de ellas, no lo sea al tiempo de hacerse la declaracion de ausencia; y sin embargo, será preferido ó concurrirá con el que lo es al tiempo de la declaracion.

Supongamos que, al tiempo de la desaparicion ó de las últimas noticias, los parientes mas próximos del ausente eran dos tios carnales, y por lo tanto sus herederos presuntivos.

Muere uno de ellos antes de hacerse la declaracion, y deja un hijo que vive, asi como el otro tio, al hacerse aquella. Como en este caso no ha lugar al derecho de representacion de que se trata en la seccion 2, capítulo 1, título 2, libro 3, el tio sobreviviente, por mas próximo en

grado, escluiria á su sobrino, segun el artículo 755, si para la posesion provisional de este capítulo y para la definitiva del siguiente se atendiese al tiempo de hacerse la declaracion. Pero como se atiende al tiempo de la desaparicion ó de las últimas noticias, resulta que el tio que murió despues, era ya heredero del ausente, y trasmitió su derecho hereditario á su hijo, segun el artículo 836; de consiguiente, concurrirá este, aunque mas remoto en grado, con su tio.

Serán puestos en posesion provisional: porque se presume que nadie cuidará mejor de los bienes que el que tiene una esperanza fundada de que llegará á ser propietario de los mismos. Los derechos y obligaciones que lleva consigo esta posesion, se esplican en los dos últimos artículos de este capítulo y en el 331.

La ley toma en este caso las mismas precauciones y exige las mismas formalidades que si se tratara de un secuestro ordinario y confiado á un estraño. Puesta por el ausente en la necesidad de desposeerle, parece no hacerlo sino con sentimiento, y se arma contra la codicia é infidelidad con formalidades que no pueden ser eludidas: inventario y fianza.

Los legatarios, etc. La misma presuncion de muerte ó incertidumbre de la vida del ausente, que favorece á los herederos, y la del mejor cuidado de los bienes, obran á favor de los legatarios.

Ademas, la administracion de esta especie de bienes seria onerosa para los herederos, pues tendrian siempre que restituirlos, ó al ausente si se presenta, ó á los legatarios en caso contrario.

Donatarios: cuando el ausente y donador se reservó el usufructo de la cosa donada, artículo 958.

Y todos los que tengan, etc. Como cuando el ausente, lejos de haber donado, es donatario del usufructo de una finca, y otro lo es de su propiedad: lo mismo se observará cuando el ausente sea usufructuario por cualquier otro título, pues que la consolidacion del usufructo con la propiedad está subordinada á la condicion de la muerte de aquel.

ARTICULO 519.

Si no pudiere ser dada la fianza requerida en el artículo anterior, podrá el tribunal, segun las circunstancias, exigir la garantia que tenga por conveniente.

Es el 85 Sardo; esta fianza es legal; por consiguiente habrá lugar en ella á lo dispuesto para todas las de su especie en el capítulo 4, título 17, libro 3.

La prudencia y rectitud de los tribunales, el encargo que se les hace de asegurar los derechos é intereses del ausente en el artículo 312, y la

intervencion del ministerio fiscal, segun el artículo 333, alejan todo temor de abuso en la aplicacion de este artículo.

ARTICULO 320.

Los derechos y obligaciones del que ha obtenido la posesion provisional de los bienes del ausente, se regulan por los del curador de los bienes del incapaz; supliéndose la intervencion del consejo de familia por la aprobacion judicial.

Vé lo espuesto al artículo 312, con el que guarda conformidad. Aun los Códigos que, como el Frances, no admiten espresamente el nombramiento de curador, vienen á admitir sus efectos prescribiendo la fianza é inventario, comparando la posesion provisional al depósito con la facultad de administrar y consiguiente responsabilidad, pero prohibiendo la enagenacion ó hipoteca de los inmuebles.

Supliéndose la intervencion del consejo de familia, etc. La posesion provisional durará mas de una vez hasta los treinta años desde la desaparicion del ausente, ó de sus últimas noticias. En tan largo periodo pueden ocurrir casos que escedan la esfera y facultades de la simple administracion; por ejemplo, la enagenacion de inmuebles por causas de absoluta necesidad, ó evidente utilidad, artículo 229, y la curaduría se gobierna por las mismas reglas que la tutela, artículo 307.

Era necesario ocurrir á estos casos omitidos en el Código Frances, y aun en los que admiten espresamente el nombramiento de curador.

La intervencion del consejo de familia no podia tener lugar aquí, pues nadie tiene, ó se presume tener mayor interes en la conservacion de los bienes del ausente que el que ha obtenido su posesion provisional: la intervencion fiscal y la aprobacion judicial son las únicas garantías posibles á favor del ausente, como se ha adoptado para otros casos en los artículos 158 y 1366.

ARTICULO 321.

Si el ausente se presenta ó se prueba su existencia antes de declararse la presuncion de su muerte, le serán entregados los bienes con deduccion del quinto de sus frutos y rentas, que quedará á beneficio del que ha tenido la posesion provisional.

El artículo 127 Frances ordena que solo se restituya el quinto de las rentas, si reaparece antes de cumplidos quince años desde su desaparicion, y la décima, si reaparece despues: le siguen el 134 Napolitano y el 49 de Vaud.

Segun el 69 de la Luisiana, «De los cinco primeros años se han de

restituir los dos tercios de las rentas; de los cinco siguientes la mitad; de los cinco años subsiguientes, el tercio.»

Segun el 90 Sardo, «Los ascendientes, descendientes y el cónyuge del ausente no restituyen nada: los parientes hasta el cuarto grado inclusive deben restituir la cuarta parte de las rentas, si el ausente reaparece antes de cumplirse quince años desde su desaparicion, y la décima, si reaparece despues.»

Los parientes mas lejanos y los herederos estraños restituyen la mitad en el primer caso, y solamente el quinto en el segundo.

La única razon que se da para justificar la diferente graduacion en la parte restituible por el mayor ó menor número de años de ausencia no satisface.

El peso de la administracion, se dice en el discurso 13 frances, se hará mas pesado á medida que se lleve por mas tiempo.

Pero lo lleva el que lo ha pedido por interesado en la conservacion y fomento de los bienes. ¿Y es cargo administrar con la recompensa de cuatro quintos ó un 80 por 100 de las rentas, segun el artículo Frances, aun antes de los quince años?

Nosotros habemos rechazado la graduacion y reducido la recompensa á un 20 por 100, que es vez y media mas del máximo que puede señalarse al tutor, segun el artículo 255, y el tutor nada espera en los bienes del menor, ni ha pedido la tutela, y esta es carga mas pesada.

CAPITULO IV.

De la presuncion de la muerte del ausente.

ARTICULO 322.

Pasados treinta años desde la desaparicion del ausente, y desde que se recibieron las últimas noticias de él, ó ciento desde su nacimiento, el tribunal, á instancia de las partes interesadas, declarará la presuncion de muerte.

129 Frances que cuenta los treinta años desde la posesion provisional, ó desde que el cónyuge presente entró en la administracion de los bienes del ausente: le siguen el 135 Napolitano, 51 de Vaud, 95 Sardo, 71 de la Luisiana y 540 Holandes.

Se ve, pues, que nuestro artículo acorta en cinco años el término de los Códigos citados, porque cuenta para los treinta los cinco que deben correr para hacerse la declaracion de ausencia, y aquellos, no.

Las razones que se dan para justificar el término de treinta y cinco años, justifican igualmente el de treinta. Cuando á pesar del trascurso

de tan largo tiempo y de la publicidad prescrita en el artículo 516 no ha podido haberse noticia alguna de la existencia del ausente, la presuncion de muerte adquiere su máximo de fuerza, y debe prevalecer sobre la de vida: lo contrario seria un suceso verdaderamente estraordinario.

Por otra parte interesa á los herederos presuntivos que se fije al fin su suerte, é interesa tambien á la sociedad que los bienes entren en libre circulacion, salvando su propiedad de la incertidumbre.

Véanse las leyes Romanas que he citado simplemente en cabeza de este título, y la 14, título 14, Partida 3, que he copiado: el término de diez años que esta señala es, á no dudar, corto en demasia: en Derecho Romano hay vacio y completa incertidumbre; segun la ley 56, título 1, libro 7 del Digesto, el tiempo de cien años *finis vitæ longævi hominis est*: segun la Novela 22, capítulo 7. *Si incertum sit utrum superest, an non quæ ad hostes persona devenit, post quinquenium:: sive viro, sive mulieri, nubere licebit sine periculo;* aunque esto se revocó por la Novela 33 del emperador Leon: esta cuestion no puede suscitarse entre nosotros, artículos 48 y 89.

O ciento desde su nacimiento: la ley Romana citada que fijó este término de la longevidad, lo aplica á la duracion del usufructo constituido á favor de un municipio: vé el artículo 465, y los motivos por qué allí la rechazamos: los mismos obran aquí, y aun con mayor energía para admitirla.

Siendo estos de órden é interes público, el cónyuge presente que administra por haberse opuesto á la declaracion de ausencia, no podrá impedir la de la presuncion de muerte.

ARTICULO 323.

Hecha la declaracion de que trata el artículo anterior se publicará el testamento del ausente, si no estuviere ya publicado á virtud de lo dispuesto en el artículo 313*; se dará la posesion definitiva de los bienes á sus herederos presuntivos al tiempo de la desaparicion, ó de las últimas noticias, sin fianza; y quedará cancelada la que se hubiere dado á virtud del artículo* 318.

Tambien se dará la posesion á los demas interesados comprendidos en el artículo 318.

Los mismos estranjeros citados en el anterior: el 528 Holandes exige fianza.

Sin fianza: y quedará cancelada, etc.: porque de otro modo la fianza seria sempiterna en ambos casos, á no probarse la certeza de la muerte del ausente. Ademas de que la posesion definitiva da el derecho

de propiedad ó dominio, aunque resoluble, respecto de los mismos que la han obtenido en el caso de los dos artículos siguientes.

ARTICULO 324.

Cuando se pruebe la muerte del ausente, se defiere su herencia á los que debieron heredarle en aquella época: el poseedor de los bienes hereditarios deberá restituirlos, reservando el quinto de los frutos correspondientes á la época de la posesion provisional; y el todo de ellos desde que obtuvo la posesion definitiva.

130 Frances, 136 Napolitano, 94 Sardo, que añade para mayor espresion: «Herederos legítimos ó testamentarios, ó á sus sucesores;» 52 de Vaud, 541 Holandes, 72 de la Luisiana.

Probada la muerte del ausente, las cosas entran en su órden natural, y tiene aplicacion el artículo 550; el artículo 322 habla del caso en que es incierta la existencia del ausente. Puede muy bien acontecer que los llamados en este caso á heredar no sean los mismos que han obtenido la posesion definitiva: el ausente puede haber muerto despues de esta, y aun antes de haberse pedido la simple declaracion de ausencia.

Heredarán, pues, los que, segun el citado artículo 550, debian heredarle, y si fallecieron despues, entrarán sus sucesores, á quienes se trasmitió este derecho.

En el ejemplo que he puesto al comentar el artículo 318, probándose que el ausente murió habiendo ya muerto uno de sus tios, el sobreviviente de estos escluirá por mas próximo al hijo del premuerto, porque *viventis nulla hæreditas est*; ley 1, título 4, libro 18 del Digesto; el tio no habia heredado; no pudo, pues, trasmitir á su hijo un derecho que aún no habia adquirido: *nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit*, 120 de *regulis juris*.

Deberá restituirlos. El artículo habla con todos los que, á virtud de lo dispuesto en los 313 y 323, hayan sido puestos en posesion, provisional ó definitiva, y tambien con el cónyuge presente, que á virtud del 314, se opuso á la declaracion de ausencia, y administra al probarse la muerte del ausente.

El quinto en conformidad al artículo 321.

El todo de ellos. En esta parte concuerda el artículo con los estranjeros citados en el 321.

He observado en el artículo 393 que la posesion definitiva trasfiere el derecho de propiedad, aunque resoluble; y la adquisicion de los frutos por entero es una consecuencia de aquel derecho.

Qui autore judice comparavit bonae fidei possesor est, 137 de *regulis juris*; hay, pues, en el presente caso buena fé con título y concepto de propietario.

ARTICULO 325.

Si el ausente se presenta, ó se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, el precio de los enagenados ó los adquiridos con el mismo, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

132 Frances, 138 Napolitano, 96 Sardo, 54 de Vaud y 74 de la Luisiana.

Cesando la causa, que es la ausencia, deben cesar sus efectos.

Este artículo supone el caso de haberse dado la posesion definitiva; si no se habia dado mas que la provisional, el ausente recobrará todos sus bienes, como que no pudieron ser enagenados, y los frutos deducido el quinto.

En el estado que tengan: aunque hayan sido deteriorados por hecho y culpa del poseedor en definitiva, aunque, por ejemplo, haya demolido un edificio: vé los artículos 434 y 1896.

El precio de los enagenados: sea que aun se deba ó haya sido pagado, porque en este segundo caso se ha enriquecido el que lo recibió.

Las mismas razones de interes y de órden público obran para sostener las enagenaciones hechas por título lucrativo, aunque nada perciba en este caso el ausente.

Si el poseedor dotó con los bienes del ausente á persona á quien estaba obligado á dotar, segun el artículo 1269, deberá abonar una cantidad igual al ausente, porque se enriqueció conservando en sus propios bienes lo que de otro modo habria salido de ellos: en suma pagó una deuda suya con los bienes de aquel.

El precio de los enagenados, etc.: despues de la posesion definitiva: el interes del ausente cede al público; ha de haber un término para que la propiedad salga absolutamente de la incertidumbre: el daño que sienta el ausente, impúteselo á sí mismo: su silencio por 30 y mas años no pudo menos de ser voluntario.

Cuando se pruebe la existencia del ausente sin presentarse este, por sí ó por apoderado, cesará la posesion provisional ó definitiva, y se proveerá en caso de urgencia á la administracion ú otras medidas provisionales del capítulo 1.

ARTICULO 326.

La prescripcion de la accion hereditaria de los hijos y descendientes del ausente no corre sino desde el dia en que recae la declaracion de que trata el artículo 322.

133 Frances, 97 Sardo, 75 de la Luisiana, 139 Napolitano: el 55

de Vaud limita esta accion á diez años desde que se dió la posesion definitiva.

Al ausente no puede oponerse la prescripcion, porque la presuncion de muerte cede á la realidad contraria, y no se puede heredar al que vive.

En este artículo se da por supuesto que era desconocida la existencia de los hijos y descendientes al hacerse las declaraciones de *ausencia y presuncion de muerte*; pues de otro modo ellos habrian sido puestos en posesion por lo preferente de su título: la existencia de los hijos puede ser mas fácilmente desconocida, si el ausente los hubo despues de su desaparicion.

Vé los artículos 835, 915, 1935 y 1966.

Cuando quiera que haya muerto el ausente, le han sucedido sus hijos y descendientes en la propiedad y posesion de sus bienes, artículos 334 y 761; mas por ignorarse su existencia á pesar de los treinta años, por lo menos, trascurridos hasta la declaracion de *presuncion de muerte*, se ha dado al fin por decreto judicial la *posesion* definitiva á otros, que desde este momento comenzaron á poseer con todos los requisitos necesarios para la prescripcion, justo título, buena fé, *animo et effectu dominii*, hasta el punto que las enagenaciones posteriores subsistirán, aun cuando reaparezca el mismo ausente.

En el Diccionario no hay *reaparecer ni reparecer*: he usado, no obstante, el primer verbo por la brevedad, y porque no habrá uno solo que no me entienda.

Desde este momento, pues, debe comenzar á correr la prescripcion de los treinta años contra los hijos y descendientes, porque toda accion y derecho están sujetos á la prescripcion; y unidos estos treinta años á los otros treinta que han de mediar hasta la declaracion de *presuncion de muerte*, segun el artículo 322, justifican mas esta prescripcion.

Escusado es decir que los hijos y descendientes, en el caso de comparecer antes de completarse la prescripcion, quedan sujetos á las disposiciones del artículo anterior respecto del ausente.

Aun cuando conste que el ausente murió antes de la *posesion definitiva*, el término correrá desde esta, y no desde la muerte, porque hasta darse *la posesion definitiva*, los hijos y descendientes fueron, segun lo arriba dicho, verdaderos poseedores.

El artículo 1931 corta la cuestion de Rogron sobre si corre aquí contra los hijos menores.

CAPITULO V.

De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente.

ARTICULO 527.

Cualquiera que reclame un derecho perteneciente á una persona, cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que este individuo existia en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

135 Frances, 99 Sardo, 56 de Vaud, 545 Holandes, 141 Napolitano.

«*Ei incumbit onus probandi qui dicit, non qui negat.*» Ley 2, título 3, libro 22 del Digesto, y las 1 y 2, título 14, Partida 3, «Naturalmente pertenece la prueba al demandador::» «Regla cierta de derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juicio, non es tenudo de la provar.»

Cuya existencia no está reconocida: es decir, á un ausente en el sentido que se da á tal palabra en este título, y en el artículo 898: en los 865 y siguientes tiene la significacion comun y natural. Un ausente no puede ser reputado, ni como vivo, ni como muerto: el que tenga interes en ser colocado en uno de estos dos casos, debe probarlo.

ARTICULO 528.

Si se abre una herencia, á la que sea llamado un individuo cuya existencia no está reconocida, entrarán esclusivamente en ella los que debian ser coherederos del ausente, ó suceder por su falta: pero deberán hacer inventario de los bienes que reciban, debidamente citado el ministerio fiscal.

136 Frances, 142 Napolitano, 77 de la Luisiana, 546 Holandes; el 57 de Vaud exije que los que entren á heredar den fianza de restituir los bienes si llega á ser necesaria la restitucion: el 100 Sardo añade: «Sin embargo, los descendientes del mismo serán á representarle, como si realmente hubiera muerto, en los casos y segun las reglas de la representacion en el título de las herencias:» esta adicion del artículo Sardo va tambien sobreentendida en nuestro artículo y en todos los citados como consecuencia necesaria de su espíritu y letra.

Este artículo no es mas que un ejemplo y aplicacion de la regla asentada en el anterior.

Un padre muere con dos hijos, uno de ellos ausente presunto, ó ya declarado ausente, y deja dos millones; el hijo presente heredara todo.

El hijo ausente no tenia hijos, y aparece un testamento suyo: el heredero instituido no podrá reclamar un millon, probando que el ausente vivia cuando murió el padre.

Si quedaron hijos ó descendientes del ausente heredarán con el tio al abuelo por derecho de representacion, segun el artículo 754.

ARTICULO 329.

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de las acciones de peticion de herencia y de otros derechos de que podrán usar el ausente ó sus representantes ó causa-habientes, y no se estinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripcion.

157 Frances, 78 de la Luisiana, 58 de Vaud, 547 Holandes, 145 Napolitano, 101 Sardo.

La ley no admite al ausente porque pudo haber muerto antes de abrirse los derechos eventuales, y no lo esclúye absolutamente, porque pudo vivir entonces, y de consiguiente adquirirlos.

Si el ausente se presenta podrá reclamarlos: este mismo derecho tendrán sus representantes ó causa-habientes, si prueban que aquel vivia en la época mencionada.

Pero este derecho, respecto del uno y otros, estará sujeto como todos los derechos y acciones á las reglas ordinarias de la prescripcion, que comenzará á correr desde su nacimiento ó adquisicion: si se trata, por ejemplo, de una peticion de herencia, que es el caso del artículo anterior, se prescribirá por el lapso de 30 años, á contar desde la muerte de aquel á quien se pretende heredar.

Sus representantes: universales.

Causa-habientes: sus legatarios y acreedores para el pago de sus mandas y créditos, probando la existencia del ausente al abrirse la herencia: vé el artículo 831.

ARTICULO 330.

Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fé, mientras que el ausente no comparezca, ó que sus acciones no sean ejercidas por sus representantes ó causa-habientes.

138 Frances, 144 Napolitano, 102 Sardo, 59 de Vaud, 80 de la Luisiana.

Harán suyos: conforme á la regla general del artículo 429, y á lo

dispuesto en el 328: hay posesion, justo título y buena fé, al menos presunta, mientras no se pruebe que los herederos sabian la existencia del ausente: vé lo espuesto en el dicho artículo 429 á las palabras *buena fé.*

CAPITULO VI.

Disposiciones generales.

ARTICULO 331.

Los que obtengan la administracion ó posesion de los bienes del ausente, provisional ó definitivamente, formarán inventario y le representarán en juicio y fuera de él, como demandante y demandado.

134 Frances, 140 Napolitano, 98 Sardo, 76 de la Luisiana, 519 y 533 Holandeses, 48 de Vaud.

Administracion: bien sea la legal del cónyuge presente, por los artículos 311 y 314, bien sea la provisional á virtud de los 310 y 318, si asi lo ordenare el tribunal:

Inventario: es de necesidad en todo el que, aun eventualmente, queda sujeto á la restitucion de bienes incluso al cónyuge.

Y le representará, etc.: Esta medida favorable á los ausentes lo es todavia mas á los terceros presentes, cuyos derechos y acciones contra los primeros no debian quedar en suspenso por la ausencia que es casi siempre un hecho voluntario.

ARTICULO 332.

Pasados seis meses despues de la desaparicion del padre ausente sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor á sus hijos menores cuando no exista su madre.

142 Frances con alguna variacion y aun contradicciones, 146 Napolitano, 84 y 85 de la Luisiana, 103 y 104 Sardos con la adicion de que en caso de urgencia podrá el consejo de familia proveer sobre esto, aunque no hayan pasado los seis meses: el 56 de Vaud comete el nombramiento de tutor al juez de paz, desde el momento mismo que provea á la administracion de los bienes del ausente por medio de un curador.

Seis meses: ha parecido conveniente que pasase algun tiempo desde la desaparicion, para asegurarse mas de la ausencia antes de proceder á una medida importante y que probablemente ha de durar hasta la mayor edad de los hijos. Entretanto podrá proveerse al cuidado de estos, ó segun lo dispuesto en el artículo 174, ó por el mismo tribunal que provea sobre la administracion, si los parientes y amigos del ausente no

se han hecho ya cargo de los menores: el mismo ministerio fiscal podrá interponer su celo en esto segun el artículo siguiente 333 si hubiese urgencia.

Pasados los seis meses, habrá lugar á la tutela segun lo dispuesto en los capítulos 3 y 4, título 8 de este libro.

Cuando no exista la madre: y en cualquier tiempo que deje de existir sin haber nombrado tutor testamentario, segun el artículo 178, porque, existiendo, sucede al padre en toda su autoridad y derechos segun el artículo 164.

Lo dispuesto en este artículo se observará por paridad de razon cuando el cónyuge tiene hijos de un matrimonio anterior, porque el padrastro ó madrastra, presentes, no tienen sobre ellos patria potestad, ni son llamados á su tutela.

ARTICULO 333.

El ministerio fiscal velará por los intereses del ausente, y será oido en todos los juicios que tengan relacion con él, asi como tambien para acreditar la ausencia.

114 Frances, 78 Sardo, 120 Napolitano: el 36 de Vaud pone los intereses del ausente bajo la vigilancia del Juez de paz: vé las citas hechas al 310.

La ley da en esto una prueba de solicitud casi paternal hacia el ausente.

Encargado el ministerio Fiscal de velar por los intereses del ausente, podrá pedir al tribunal todas las medidas convenientes á su conservacion, particularmente en el caso del artículo 310.

Será oido, etc. Este es otro favor de la ley, porque al ministerio fiscal solo hay obligacion de comunicar ciertas causas especiales y, por decirlo asi, privilegiadas.

En todos los juicios: bien se demande en su nombre, ó sea demandado, y de consiguiente podrá, ó no, coadyuvar al ausente segun lo entienda justo.

Para acreditar la ausencia: son los casos de los articulos 310, 313 y 322, como de mayor interes para el ausente y los capitales en esta materia: por lo mismo son mas de temer en ellos las maquinaciones criminales de la codicia.

TITULO XII.

DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL.

El Código Frances, que no vé en el matrimonio mas que el contrato, arregla enteramente su esencia, solemnidades y efectos por las leyes civiles bajo la competencia de la autoridad civil; y por una consecuencia forzosa en su título 2, libro 1, deja la materia de este título á cargo de los funcionarios denominados *Oficiales del estado civil:* El Código Holandes, título 2, libro 1, sigue al Frances.

El Código Napolitano, título 2, libro 1, está conforme con el Frances en punto á nacimientos y defunciones, dejándolos enteramente á cargo *del oficial* del estado civil.

Respecto del matrimonio declara en el artículo 67, que no puede ser celebrado legítimamente sino en faz de la Iglesia segun las formas prescritas por el Concilio de Trento. Pero la celebracion debe ser precedida de anuncios ó proclamas hechas por el *oficial del estado civil:* si no resulta impedimento, se otorgan esponsales ante el mismo oficial, prometiendo los desposados que celebrarán el matrimonio segun lo prescrito por el Concilio · se les espiden por el *oficial* dos certificaciones de todo esto: el Párroco retiene la una, y atestigua á continuacion de la otra que se ha celebrado el matrimonio, con espresion del dia, etc.: el *oficial* lo hace constar asi, anotándolo al márjen de la respectiva partida: la omision de las actas del estado civil, que deben preceder á la celebracion del matrimonio, priva á los esposos é hijos de todos los *efectos civiles* del mismo.

En el artículo 189, título 5, priva tambien de los efectos civiles al matrimonio que no ha sido celebrado en faz de la Iglesia segun las formas prescritas por el Concilio; y declara que *las contestaciones sobre los efectos civiles son de la competencia de los tribunales ordinarios.*

Conviene ver en los mencionados títulos, y sobre todo en el 5, las esquisitas precauciones para asegurar la debida y provechosa intervencion de la autoridad civil en la importante materia del matrimonio, sin rozarse por esto con las disposiciones del Concilio.

El Código Sardo, título 2, libro 1, artículo 60, se refiere sobre la materia de este título á reglamentos especiales, y encarga á los Senados que velen por la seguridad del estado civil de las personas.

El Código de Vaud, artículo 16, título 2, libro 1, deja los registros del estado civil á cargo de los párrocos ó pastores: la forma de llevar-

los, y las obligaciones de los pastores y otros depositarios, se arreglarán por una ley particular.

El Bávaro, capítulo 3, libro 1, los deja á cargo de los eclesiásticos sin dar ninguna regla.

El Austriaco *de procedimientos* de 1780, capítulo 13, lo deja á cargo de los eclesiásticos de las dos religiones católica y reformada.

El Prusiano, título 11, parte I, artículo 481, á cargo de los párrocos, pastores, rabinos, etc.

Esta importante y delicada materia se halla envuelta en la mayor obscuridad é incertidumbre por Derecho Romano; parece imposible que el estado civil y los medios de probarlo no estuviesen sujetos á reglas fijas, y sin embargo no se encuentra una sola ley precisa ó concreta á esto.

La ley 2, título 1, libro 27 del Digesto, dice: «*Aetas probatur aut ex nativitatis scriptura, aut aliis demostrationibus legitimis.*»-La 3, título 15, libro 50 del Digesto. «*Aetatem in censendo significare necesse est;*» pero en la misma se da la razon, «*quia quibusdam aetas tribuit, ne tributo onerentur,*» es decir, que la edad hacia á algunos inmunes del tributo ó censo de capitacion; pero ni en esta ley ni en otra alguna se prescribe registros de nacimientos, ni limita su prueba á la escritura.

Asi es que Gotofredo al comentar con variedad y contradiccion la ley 2, título 20, libro 4 del Código, que parece escluir la sola prueba de testigos en materia de ingenuidad, se refiere infelizmente á la mencionada ley 3, y en el comentario de esta recurre á pasages históricos del Rey Servio Tulio y el Emperador Marco Antonino, *el Filósofo*, para suplir el silencio de las leyes.

Los capítulos 4 y 5 de la Novela 74 prueban que ni en lo antiguo, ni despues de ella, hubo registro de matrimonios, puesto que en muchos casos ni aun necesario era que constasen por escrito, á pesar de que Justiniano se lamenta de la falsedad de los testigos.

Sin embargo, lo dispuesto en los números 1 y 2 del capítulo 4 se acerca mucho á lo que hoy dia se practica, y casi es mas circunstanciado que el «*Habeat parochus librum, in quo conjugum et testium nomina, diemque et locum contracti matrimonii describat quem diligenter apud se custodiat;*» del capítulo 1, sesion 25 del Concilio de Trento.

Todavia es mayor el silencio de nuestro Derecho Patrio en la materia de este título.

En España, como en los demas paises, los registros del estado civil estuvieron desde muy antiguo en manos de los eclesiásticos.

«Era bastante natural (dice un jurisconsulto y orador frances) que

los mismos hombres, cuyas oraciones y bendiciones se pedian en las épocas del nacimiento, matrimonio y defuncion, atestiguasen sus fechas, y estendiesen las respectivas partidas. La sociedad prestó su confianza á la que les habia concedido ya la piedad cristiana:: Y es necesario confesar que los registros eran llevados bien y fielmente por unos hombres cuyo ministerio exigia instruccion y una probidad escrupulosa: su conducta estaba garantida:: por la sancion especial de la religion que enseñan.»

Por estas mismas consideraciones no estimó conveniente la Comision arrancar el registro de manos de los párrocos, y confiarlo á un *oficial ó funcionario del estado civil*, como lo hace, entre otros Códigos, el Napolitano.

Era difícil, si no imposible, particularmente en nuestras provincias del Norte, donde son tantas y tan pequeñas las parroquias, establecer un oficial ó funcionario de esta especie en cada una de ellas: si se designaba el secretario de ayuntamiento, se tropezaba con las incomodidades é inconvenientes de la distancia, pues hay ayuntamiento que se compone de cuatro, seis ó mas pueblos.

Ni era menos difícil reemplazar á los párrocos por funcionarios de igual instruccion y probidad: el orador arriba aludido reconoce este inconveniente confirmado por la esperiencia posterior, y solo manifiesta esperanzas de que desaparecerá.

¿Para qué chocar con tradiciones respetables y que tienen algo de religiosas? ¿A qué innovar sin evidente utilidad ó necesidad?

Continuará, pues, el registro á cargo de los curas párrocos, y estos serán, si se quiere asi llamarlos, *nuestros oficiales del estado civil.*

Pero el legislador no debe ni puede desentenderse enteramente de actos que encierran todo el porvenir de los individuos y el estado de las familias; de actos que interesan al órden y reposo de la sociedad. La ley, y nada mas que la ley, da y garantiza el estado civil, determina sus derechos, regula sus efectos, y hace cesar su goce, segun lo exige el interes de la sociedad. Se encuentra, pues, esclusivamente dentro del dominio de la ley todo lo concerniente al estado civil; y la potestad eclesiástica, estraña absolutamente á este objeto, no debe ejercer en él influjo alguno, si no lo recibe de la ley.

El método de llevar los registros y la forma de su estension eran susceptibles de mejoras: urgia tambien reforzar su custodia y conservacion, y poner pronto remedio á sus omisiones, que hasta ahora solo se han echado de ver en las *visitas*; y todos sabemos cuán raras suelen ser estas á pesar de lo establecido por el Tridentino, en el capítulo 3, sesion 24 *de reformatione*.

El doble registro, que puede ser examinado y custodiado por la au-

toridad civil, es la mas importante de las mejoras: en Francia se practicaba asi antes de la revolucion á consecuencia de las ordenanzas de 1667 y 1736. Registro, *protocolo, libro no impreso en que se nota lo que se registra* (Diccionario): aquí son los tres libros del artículo 334.

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

ARTICULO 334.

Los nacimientos, matrimonios y defunciones, asi como el reconocimiento de los hijos y de su legitimacion, se harán constar en un registro especialmente destinado á este efecto.

En un registro. El artículo 40 Frances dice: «En uno ó mas registros llevados por duplicado.» Como la redaccion de las actas ó partidas del estado civil ha sido cometida allí á oficiales municipales, faltos de instruccion en las poblaciones cortas, y sin retribucion alguna, se ha creido que la multitud de libros ó registros ocasionaria confusion ó cansancio, y que seria mas sencillo llevar uno solo por duplicado. Pero esta disposicion no es absoluta, y el Gobierno queda en libertad de mandar que se lleven mas registros en las ciudades, donde las actas ó partidas son mas numerosas, y los encargados de su redaccion suelen ser mas ilustrados.

La Comision ha mantenido los tres libros ó registros existentes hoy dia, porque esto contribuye al mayor órden y claridad; la instruccion y celo de los párrocos alejan aquí los malos resultados parciales que se dice haberse esperimentado en Francia.

Especialmente destinado: entiéndase de los tres libros ó registros, segun el artículo siguiente, pues que para la legitimacion no hay libros ó registros especiales y separados: vé el capítulo 3.

ARTICULO 335.

Los curas párrocos llevarán por duplicado el registro de que habla el artículo anterior en tres libros, á saber: uno de nacimientos, otro de matrimonios y otro de defunciones. Al efecto les entregarán los alcaldes de los pueblos dos ejemplares de cada uno de los tres libros, que deberán reunir las circunstancias siguientes:

1.ª *Estar en papel de oficio.*

2.ª *Contener en las primeras hojas las disposiciones de este Código, concernientes á la estension de las partidas que en ellos se han de insertar.*

3.ª *Estar rubricados en todas sus hojas por el alcalde.*

4.ª *Espresar este en la última el número de las que contuviese cada libro.*

Vé lo espuesto en el anterior, y en la cabeza de este título: el nacimiento, matrimonio y defuncion, constituyen las tres grandes épocas del estado de los hombres, y son la fuente de todos los derechos civiles.

Segun el Código Prusiano, parte 2, título 11, artículos 501 al 505, el cura párroco debe llevar el original; el sacristan el duplicado, que debe ser depositado en el tribunal despues de haber sido compulsado y declarado conforme por el párroco.

Tres libros: son los mismos que hoy se llevan; el de nacimientos equivaldrá al de bautizados.

Todos los números de este artículo son otras tantas precauciones para evitar adiciones y suplantaciones: las de los números 3 y 4 están confiadas en el artículo 41 Frances, 43 Napolitano, y 15 Holandes, al presidente del tribunal de primera instancia. Nosotros no tenemos á esta fecha tribunales colegiados de primera instancia, y siempre seria molestia escesiva para uno solo.

El número 2 contribuirá á la exactitud en la estension de las partidas, y cerrará la puerta á la alegacion, si bien inútil, de ignorancia.

ARTICULO 336.

Las partidas del registro del estado civil deberán espresar el año, mes y dia en que se estiendan, y las demas circunstancias correspondientes á la clase de cada una.

34 Frances, 36 Napolitano y 18 Holandes que añaden *la hora*. Pero no se ha creido por punto general necesaria tanta espresion desconocida en Derecho Romano y Patrio, salvas las escepciones del artículo 356 y 369.

Año, mes y dia. Esto ha sido siempre comun á todo instrumento público, y por tales son consideradas las partidas del registro. La Novela 47 exigia alguna circunstancia mas en los instrumentos públicos, como la espresion del reinado del Emperador y de los nombres de los Cónsules.

La ley 54, título 18, Partida 3, añade: «El lugar en que fué fecha» (la carta): la recopilada 1, título 23, libro 10; «Y el lugar ó casa donde se otorgan» (las escrituras).

La espresion del lugar contribuye mucho en ciertos casos para des-

cubrir la falsedad por la prueba de la coartada, ley 14, título 38, libro 8 del Código.

Pero como ha de ser siempre el párroco del mismo lugar quien lleve los registros y autorice las partidas, no se ha creido necesario espresar en cada una de ellas esta circunstancia.

ARTICULO 337.

Toda partida que contenga el registro deberá firmarse y rubricarse por el cura párroco, con asistencia de dos testigos varones mayores de edad, súbditos del Rey, espresándose estas circunstancias y las de su domicilio ó residencia.

Tambien deberá ser firmada toda partida por las partes que comparezcan y puedan hacerlo, y por los testigos que supieren; espresándose la causa por qué dejan de firmar los que no lo hicieren.

34 y 37 Franceses, 36 y 39 Napolitanos, 18 y 19 Holandeses.

Los artículos 57, 76 y 79 Franceses, al hablar en particular de cada una de las tres actas ó partidas, vuelven á exigir la expresion del domicilio de los testigos y de las partes, y, lo que es mas notable, *la de su profesion*, todo lo que estaba ya prescrito en el 34.

Nosotros habemos reunido en este artículo, como una de las disposiciones generales, todo lo relativo á las circunstancias de los testigos. esto es lo mas sencillo y natural, y asi se evitan repeticiones inútiles.

La espresion *de la profesion* de los testigos y de las partes nos ha parecido innecesaria y sujeta á inconvenientes. En buenhora, que se esprese cuando asi lo quieran ó consientan ellos: dése este desahogo á la vanidad y miseria humanas: pero respetémosla tambien en su silencio, porque todavia hay profesiones y oficios que la ridícula preocupacion tiene en menos; y no conviene dejarle en un instrumento público ocasion y pábulo de necia crítica para lo sucesivo.

Fuera de desear que una buena ley *del Notariado* fijase todo lo concerniente á los testigos y demas solemnidades de los instrumentos públicos: de este modo no habria necesidad de ocuparse aquí en testamentos, etc., en pormenores, alguna vez contradictorios, y siempre fastidiosos.

Por el cura párroco: porque hace las veces que el escribano en los demas instrumentos públicos.

Dos testigos. La Novela 73, capítulo 5, exigia tres en los instrumentos públicos, y tambien la ley 54, título 18, Partida 3: segun la ley 2 Recopilada, título 2, libro 10, bastaban dos: en el testamento abierto deben ser tres, artículos 565 y 572.

Ni el Código Frances, ni los otros dos que le siguen, fijan en esta materia el número de testigos.

Varones: conforme con los artículos estranjeros citados. La ley 11, título 18, libro 8 del Código, dice tambien, *trium vel amplius virorum suscriptiones*, hablando de instrumentos en los contratos, y por la Constitucion 48 del Emperador Leon las mugeres no podian ser testigos, ni en los contratos.

La ley 54, título 18, Partida 3, dice igualmente hablando de instrumentos hechos por escribano público: «Tomen por testigos tres omes buenos;» la 114 se contenta con dos.

Dáse por motivo de la esclusion de las mugeres para testificar en los instrumentos públicos, que, siendo necesaria para la autentidad de aquellos la presencia de los testigos, ejercen estos cierta especie de funcion ó cargo público, y las mugeres no pueden ejercer ninguno: en la citada Constitucion 48 se dan otros motivos mas delicados y decorosos.

Mayores de edad. Por Derecho Romano podia ser testigo en los testamentos el varon mayor de 14 años, párrafo 6, título 10, libro 2, Instituciones; podia, pues, serlo en todo instrumento público: lo mismo encontramos en la ley 9, título 1, Partida 6, y en la 9, título 16, Partida 3.

Rebajada la mayor edad á los 20 años, y atendida por otra parte la importancia de los testamentos y de las actas ó partidas del estado civil, ha parecido conveniente exigir en los testigos el completo juicio y discernimiento, que la ley no presume en ellos hasta la mayoría: en materia civil los testigos son voluntarios: cúlpese á sí mismo el que no los presenta adornados de las calidades legales: y es de esperar que tanto esta edad, como la esclusion de las mugeres para testificar en instrumentos públicos, se adopten en la ley del Notariado.

Súbditos del Rey. El testimonio es aquí una especie de funcion pública, y los estranjeros no pueden desempeñar ninguna: ademas no podrian ser fácilmente habidos en caso de falsa declaracion. El artículo 37 Frances no espresaba esta circunstancia, y, sin embargo, se sobreentendió por algunos intérpretes.

Su domicilio ó residencia: para que en caso de contestaciones ulteriores sean mas fácilmente hallados. Esta circunstancia, innecesaria en Derecho Romano y Patrio respecto de los instrumentos públicos, se prescribe para la materia de este título, en el artículo 34 Frances, 18 Holandes y 36 Napolitano: vé los artículos 565 y 572.

Porque dejen de firmar, etc. El artículo 39 Frances, 41 Napolitano y 21 Holandes, exigen lo mismo.

La Novela 73, capítulo 5, refiriéndose á los anteriores, exige que firmen las partes y testigos.

La ley 54, título 18, Partida 3, exige las firmas de los testigos en el

instrumento público, «Que escrivan y sus nomes:» no lo exige espresamente de la parte, pero debe sobre-entenderse. La Recopilada 1, título 18, libro 10, no exige las firmas de los testigos, pero sí de las partes. «Y si no supieren firmar, firmen por ellas cualquiera de los testigos, ó otro que sepa escribir.»

ARTICULO 338.

Las partidas se estenderán siguiendo el órden numérico, conforme á sus fechas y segun su clase, en los libros respectivos, sin dejar hueco, salvándose específicamente al final de la misma letra, y antes de las firmas, toda palabra borrada, interlineada ó enmendada.

Tampoco podrá usarse de abreviaturas y guarismos, ni aun en las fechas.

El 42 Frances, 16 Holandes y 44 Napolitano mas espresivos: «No podrá escribirse nada en abreviatura, ni ponerse fecha alguna en guarismos.»

El 482 Prusiano, título 11, parte 2: «No se podrá escribir nada en guarismos.»

Lo mismo se previene para todo instrumento público en las leyes 7, título 19, 54, título 18, Partida 3, y 1 recopilada, título 23, libro 10: la necesidad y utilidad de estas precauciones son evidentes.

ARTICULO 339.

Toda partida, despues de estendida y antes de firmarse, deberá ser leida á las partes y testigos, espresándose al final de la misma haberse llénado esta formalidad.

38 Frances, 40 Napolitano y 21 Holandes, que añaden: «A las partes comparecientes ó á sus procuradores:» lo mismo se sobre-entiende en el nuestro, aunque se ha creido inútil la espresion: conforme con las mismas leyes patrias citadas en el artículo anterior: vé el artículo 341.

ARTICULO 340.

En ninguna partida podrá insertarse, ni aun indicarse mas, de lo que debe ser declarado, en conformidad á los artículos siguientes.

35 Frances y 37 Napolitano, omitiendo el final: »En conformidad» etc. El 17 Holandes, dice con precision y energia. «Mas de lo que debe ser declarado conforme á la ley.»

El párroco en la materia de este título y el escribano, autorizando instrumentos públicos, hacen un papel pasivo sin especie alguna de ju-

risdiccion: sus funciones se reducen á consignar sin añadiduras ni comentarios, lo que las partes dicen ó declaran. No pueden, pues, interpelar á estas, ni meterse á jueces de la verdad de sus declaraciones.

Pero las partes deben limitar sus declaraciones á los hechos que segun la ley han de consignarse en las respectivas partidas, como necesarios para asegurar el estado civil de las personas, y se espresan en los capitulos siguientes: vé los artículos 125 y 126 en que se trata de esto mismo.

ARTICULO 341.

Los documentos que se presenten para la estension de las partidas del registro, deberán foliarse por el órden de fechas de su presentacion, y rubricarse por la parte que los presenta y por el cura párroco que los conservará bajo su responsabilidad.

44 Frances que ordena se depositen los documentos en la secretaria ó escribania del juzgado, con el ejemplar de que habla nuestro 345: siguen al Frances el 46 Napolitano y el 25 Holandes.

Por la parte que los presenta: para que nunca pueda negar que los presentó. Si la parte por no saber escribir no pudiere rubricar formalmente, habrá de recurrirse á lo dispuesto en el artículo 337 para igual caso respecto de la firma.

ARTICULO 342.

En el dia último del año se cerrarán los libros del registro, espresándose por diligencia, que firmarán el párroco y el alcalde, el número de partidas que cada uno contubiese.

El alcalde recogera á su eleccion uno de los dos ejemplares, y lo remitirá en todo el mes de Enero al promotor fiscal del partido.

El artículo 43 Frances ordena esto al oficial del estado civil, como único encargado del doble registro: dice que debe hacerlo *al fin de cada año,* y depositar *dentro de un mes* uno de los duplicados en el archivo del ayuntamiento, y el otro en la secretaria del tribunal de primera instancia. Le siguen el 45 Napolitano y el 22 Holandes; este dice: «En el mes del siguiente Enero:» nuestro articulo encierra esta espresion y la de haberse de cerrar los registros, «el dia último del año.» El artículo 497 Prusiano, título 11, parte 2, dispone que el párroco forme un estado ó cuadro anual de todas las partidas que haya estendido.

Nuestro artículo es mucho mas espresivo que todos los citados, y reune todo lo bueno de cada uno de ellos. Señala el dia en que se han de cerrar los registros, la diligencia que sobre esto ha de estenderse con

espresion del número de las partidas, y señala tambien el mes para la remision de uno de los duplicados.

Nuestro sistema presenta ademas una ventaja en la eleccion que se da al alcalde, pues asi habrá mayor exactitud y vigilancia en los párrocos.

Ejemplares: los dos son originales; ninguno es copia, ni propiamente ejemplar del otro: úsase de esta palabra para simplificar la locucion.

ARTICULO 343.

El promotor fiscal cuidará del cumplimiento de la obligacion impuesta á los alcaldes en el artículo anterior, y examinará el ejemplar remitido, para proponer al juez su aprobacion, y las demostraciones oportunas, respecto de los alcaldes ó de los curas párrocos, por las faltas que cada uno hubiese cometido en el desempeño de sus respectivas obligaciones.

En su fondo es el artículo 53 Frances, que con mayor espresion encarga esto mismo al procurador del Rey (Fiscal) en el Tribunal de primera instancia. Le sigue el 55 Napolitano; tambien el 28 Holandes, menos en lo de denunciar y pedir las multas, porque en el artículo anterior se remite sobre esto al Código de procedimientos.

Su aprobacion y las demostraciones, etc. No basta prescribir la forma de llevar los registros: es menester asegurar su observancia por los alcaldes y párrocos en la parte que respectivamente les incumbe. Pero debe distinguirse entre las simples contravenciones ó *faltas*, que son el resultado del error ó de la negligencia, y los delitos que suponen intenciones criminales, como las falsedades ó alteraciones. Las contravenciones ó faltas se castigan aquí con la multa del artículo siguiente; los delitos deberán ser castigados con arreglo al Código penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil en uno y otro caso, segun lo dispuesto en el capítulo 2, título 2 del mismo.

Mas no se infiera de esto que el promotor puede pedir, ni el juzgado mandar de oficio, que se haga cambio alguno en el estado de los registros: estos deben quedar con sus omisiones, errores ó imperfecciones, pues seria altamente peligoso que, aun so pretesto de regularizarlos, corregirlos ó perfeccionarlos, pudiera ninguna autoridad poner su mano en ellos. La alegacion de que una partida es viciosa encierra un hecho sujeto á prueba, y que puede ser impugnado por terceros que hayan adquirido derechos á virtud del pretendido vicio. Todo esto debe ser materia de un proceso, y el Tribunal no puede conocer hasta que lo promuevan las partes: de otro modo el estado y la fortuna de los

ciudadanos se verian comprometidos á cada instante, y estarian siempre inciertos. En una materia tan delicada es necesario aguardar á que pidan las partes interesadas: asi, el promotor perseguirá las contravenciones ó faltas, no para hacerlas reparar, sino para que sean castigados el alcalde y párroco negligentes, y aprendan por este medio á cumplir con sus obligaciones: vé lo espuesto al artículo 375.

ARTICULO 344.

Las demostraciones de que habla el artículo anterior consistirán en una multa desde uno á cien duros, sin perjuicio de la responsabilidad civil, y aun de la penal si resultare delito.

El 50 Frances fija el máximo de la multa en cien francos sin mencionar el mínimo: la mencion de nuestro artículo en este punto equivale al silencio del Frances: lo que realmente se fija en ambos es el máximo de la multa: 52 Napolitano, 27 Holandes que señala 100 florines.

Las demostraciones, etc.: por las faltas ó contravenciones, pues de ellas solamente se habla en el artículo anterior á que se refiere.

Responsabilidad civil, etc.; porque es consecuencia de toda falta ó delito: vé lo espuesto en el artículo anterior, el 1011, 1899 y 1900.

ARTICULO 345.

El ejemplar será depositado en la secretaría del juzgado, y custodiado por el secretario.

Este y el párroco serán responsables de las alteraciones que sobrevengan en sus respectivos ejemplares, salvo el recurso contra el que las hubiere cometido.

Se les aplicará lo dispuesto en el artículo anterior en el caso de estravio, destruccion ó pérdida de los ejemplares, si no probaren haber acaecido por fuerza mayor.

El primer párrafo se halla en el artículo 43 Frances, el segundo en el 51, 45 y 53 Napolitanos, 22 y 28 Holandeses.

Será depositado, etc. El estado civil de las personas es su mas preciósa propiedad, y debe estar como todas las otras propiedades bajo la egida de los tribunales.

Por otra parte á ellos solos toca entender y decidir en todas las controversias que puedan suscitarse en esta materia: conviene, por lo tanto, que tengan el depósito y custodia del doble registro, no solo por la mayor seguridad del mismo, sino para la mas pronta y fácil prueba. Si la autoridad administrativa necesitase de noticias para el censo de

poblacion, repartimiento de contribuciones ú otros fines, podrá tomarlas de este ejemplar ó registro.

Este y el párroco: aunque no haya connivencia por su parte en las alteraciones, pues habiéndolas, incurrirán ademas en la pena inherente al delito.

Uno y otro son depositarios por la ley, y las alteraciones suponen necesariamente culpa ó negligencia en la guarda del depósito.

Estravio, destruccion, etc. Este caso, como de mas gravedad ó trascendencia, aunque no se pruebe malicia, merece mayor demostracion: ocurriendo malicia ó infidelidad, tendria lugar el artículo 271 del Código penal.

Sino probaren, etc.: porque nunca ha lugar á la responsabilidad civil por caso fortuito segun el artículo 1014; y segun el 1161 debe probarlo el que pretende eximirse de ella.

ARTICULO 346.

El cura párroco y el secretario del juzgado están obligados á dar á los interesados las certificaciones que pidan de las partidas comprendidas en los ejemplares de su respectivo cargo, copiándolas literalmente desde el principio hasta el fin: estas certificaciones harán fé en juicio, pero podrán ser redargüidas con arreglo á lo dispuesto en el Código de procedimientos.

Segun el artículo 45 Frances, debe darse certificacion á todo el que la pida, sea ó no interesado: ha de ir legalizada por el presidente del tribunal de primera instancia, y hace fé hasta ser redargüida criminalmente de falsa: siguen al Frances el 24 Holandes y el 47 Napolitano: el 505 Prusiano, título 11, parte 2, exige que para hacerse las certificaciones han de llevar el sello de la iglesia.

A los interesados. En Francia debian darse á todos segun el artículo 18, título 20, de la ordenanza de 1667: por el 7 de la declaracion de 1733 se limitó este derecho á los interesados: el citado artículo 45 del Código restableció en esta parte la ordenanza, ó por mejor decir mantuvo el restablecimiento hecho por la ley de 20 de setiembre de 1792. Dáse por razon ó motivo que estos registros pertenecen, no solamente á las partes y á sus familias, sino á la sociedad entera y que siendo de derecho público el estado civil de los hombres, deben estar abiertos á todos los ciudadanos los registros que sirven para probarlo.

Nosotros mantenemos la doctrina constante y comun á todos los instrumentos, segun la que no puede darse copia de ellos sino á las partes, y al que acredite tener derecho, ó interes en que se le dé. Fuera de este segundo caso, un tercero que pida certificacion, no puede

hacerlo (al menos asi debe presumirse) sino con el maligno ó ruin propósito de difamar.

Tampoco habemos adoptado lo de la legalizacion, que se regirá en estas certificaciones por lo que se observe en las copias de los demas instrumentos públicos; y asi se corta la cuestion suscitada por el artículo Frances que Rogron agita y no resuelve.

Redargüidas: como esto atañe á todos los instrumentos, el Código de procedimientos civiles lo arreglará para todos.

ARTICULO 347.

Sin embargo, acreditándose que no ha existido ó se ha perdido ó inutilizado el registro, podrán probarse los nacimientos, matrimonios y defunciones, tanto por papeles emanados del padre y madre que hayan muerto, como por testigos.

46 Frances, 48 Napolitano, 18 de Vaud. El 65 Sardo añade: «Sin embargo, si la falta de registros ó de partidas, ú omision de estas en los mismos registros, ha acaecido por dolo del requirente, no será este admitido á la prueba autorizada en el presente artículo:» escepcion que debe admitirse por legal y razonable.

El Holandes dice: «Se puede probar tanto por títulos, como por testigos, que no han existido nunca los registros del estado civil, ó que se han perdido, ó que falta en ellos una partida que fué inscrita en los mismos. En caso de falsedad, alteracion, laceracion, destruccion, ó de estar borrada una partida del estado civil, la sentencia, que ejecutorie el delito, tendrá la fuerza que se atribuye por este Código á las sentencias en materia de represion respecto de las acciones civiles.»

Las leyes 111, título 18, y 12, título 19, Partida 3, presentan como sospechosa é indigna de fé la carta (instrumento público) raida, sopuntada, testada ó rota en lugar sustancial.

Acreditándose que no ha existido, etc.: Esto es lo primero que se ha de acreditar ó probar, bien sea *por instrumento*, ó testigos, para que tenga lugar la prueba subsidiaria de este artículo sobre nacimientos, etc.

Inutilizado el registro: de cualquier modo que sea, porque puede estarlo por los medios que indica la citada ley de Partida; y basta que lo esté la partida de que se trata, ó que esta haya sido sustraida. (En cuanto á la sustraccion, Rogron cita un fallo del tribunal de Casacion.)

El citado artículo 65 Sardo estiende su disposicion no solo al caso de no existir los registros, sino al de omision ó falta de una partida en los mismos; y tal debe ser el espíritu de nuestro artículo, porque no puede negarse la prueba subsidiaria al que por omision y culpa del en-

cargado del registro no puede producir la ordinaria, auténtica y legal, y Rogron menciona dos fallos del tribunal de Casacion en este sentido: lo primero y preferente á todo es asegurar y restablecer el estado civil de los hombres.

Podrán probarse: y el Juez no podrá menos de admitir la prueba, puesto que la ley la autoriza.

Por papeles: aunque no sean auténticos, pues por lo que sigue tienen una fecha cierta que alejan toda sospecha.

Que hayan muerto. Esto es lo que constituye la época ó fecha cierta de los papeles, segun el artículo 1209, y lo que aleja toda sospecha, porque si los padres vivieran, podrian perjudicar á un hijo en favor de otro á quien tuvieran predileccion, escribiendo lo que les pareciese mejor para el logro de sus fines.

Como por testigos: parece, sin embargo, que, tratándose de la filiacion, no debe admitirse la prueba testimonial sin un principio de prueba por escrito, segun el artículo 112.

Escusado es advertir que en todos estos casos, el que impugne el estado civil, podrá hacerlo por cualesquiera pruebas legales, como se dispone al final del citado artículo 112: el demandante no debe ser de mejor condicion que el demandado.

Y no es necesario que se dé copulativamente la prueba por papeles y testigos; el Juez podrá, segun las circunstancias del caso, contentarse con una ú otra.

CAPITULO II.

De las partidas de nacimiento.

ARTICULO 348.

Dentro de las cuarenta y ocho horas inmediatas al nacimiento, deberá ser presentado al párroco el recien nacido para su bautismo.

55 Frances, 57 Napolitano y 29 Holandes, que señalan indistintamente tres dias ó 78 horas, y por supuesto hablan de la presentacion al oficial del estado civil: el Holandes autoriza al oficial para exigir la presentacion del recien nacido que debe hacerse en presencia de dos testigos: entre nosotros la presentacion, declaracion de nacimiento y el bautismo, serán actos simultáneos.

Aetas autem probatur, aut ex nativitatis scriptura, aut aliis demonstrationibus legitimis, ley 2, título 1, libro 27, y 3, título 15, libro 50 del Digesto

En nuestro artículo se reduce el término á dos dias. La circunstan-

cia de ser aquellos actos simultáneos, y de no estar admitida entre nosotros la tolerancia de cultos, alejan los inconvenientes y temores que por algun tiempo se esperimentaron en Francia: el sentimiento y deber religiosos han suplido hasta aqui el silencio de la ley, y serán siempre mas poderosos que el precepto de este artículo.

Por la misma consideracion podia haberse omitido la sancion penal, número 3, artículo 482 del Código penal: pues si llegara á ocurrir el caso rarísimo de no cumplirse con lo dispuesto en este artículo, el temor de la pena retraeria tal vez de hacer una declaracion tardía, y comprometeria mas el estado civil del recien nacido, lejos de asegurarlo. Sin embargo, si el silencio ó tardanza degenerara en supresion de estado, habria lugar á la disposicion del artículo 382 del Código penal á instancia de las partes interesadas ó del ministerio fiscal.

ARTICULO 349.

En caso de legítimo impedimento, el término prescrito en el artículo anterior se contará desde que aquel hubiere cesado.

Es una regla general, *impedito non currit tempus*. Pero aunque fuese pasado el término de dos ó tres dias, y no se alegase legítimo impedimento, el párroco no podria negarse á estender la partida de nacimiento, haciendo constar en ella esta circunstancia si los interesados la espresaban.

ARTICULO 350.

Dentro del término señalado en el artículo 348 el nacimiento deberá ser declarado por el padre, si lo hay y puede declararlo; y en su defecto por los parientes del recien nacido ó por el facultativo, partera ó personas que hubiesen asistido al alumbramiento, y por la persona en cuya casa se hubiere verificado, si no fuere en la de los padres.

56 Frances, salvo que omite lo de *parientes*, y añade al final: «La partida de nacimiento será redactada en seguida á presencia de dos testigos:» le siguen el 58 Napolitano y el 50 Holandes, con el párrafo 2 del artículo 20. Son llamados á declarar sucesivamente los mas interesados en que prevalezca la verdad, y los mas hábiles para consignarla *por haber asistido al alumbramiento:* sin este requisito no basta el parentesco.

Adviértase que para hacer esta declaracion son admitidas las mugeres, parientes ó parteras, á pesar de la prohibicion del artículo 337 para ser testigos; si se quiere considerarla en un sentido lato como tales, serán testigos *necesarios*, y la necesidad carece de ley.

Y por la persona, etc. ¿Deberá esta declarar en último lugar? Varios tribunales de Francia han fallado que debe ser llamada á declarar antes que el facultativo ó partera; yo no descubro razon para que asi se haga.

ARTICULO 351.

Dentro de las veinte y cuatro horas siguientes al bautismo se estenderá por el párroco, y á presencia de los comparecientes y testigos, la partida bautismal en el libro respectivo.

Vé los artículos estranjeros citados en el anterior, y que no conceden al oficial del estado civil el término de 24 horas: las circunstancias que entre nosotros suelen acompañar á los bautismos, aconsejan y hasta hacen necesario el término del artículo.

ARTICULO 352.

Las partidas de bautismo de los que nacieren en alta mar, se estenderán por el capellan del buque, si lo hubiere, y en su defecto por las personas que respectivamente deben autorizar los testamentos otorgados en iguales circunstancias, en conformidad á lo que se dispone en el artículo 378.

En todos los casos se observarán las formalidades prescritas en este título en cuanto sea posible.

Los artículos 59 Frances, 63 Napolitano y 35 Holandes no hablan de capellan: en nuestros buques de guerra ordinariamente lo hay, y es el párroco castrense.

En su defecto, etc.: porque militan las mismas razones en ambos casos.

En cuanto sea posible: porque la escepcion ó especialidad solo obra en lo espresamente esceptuado, y fuera de esto debe conservarse todo lo que conduce á asegurar el estado civil de las personas.

ARTICULO 353.

Respecto de las partidas de que trata el artículo anterior, se observará lo que, en cuanto á testamentos, se dispone en los artículos 381 *y* 382*; pero la autoridad judicial las hará inscribir en el registro de la parroquia del padre, ó de la madre, si el hijo fuere de padre desconocido ó en la mas antigua de Madrid cuando aquellos no tuvieren parroquia conocida.*

Sobre el asunto de este artículo y el anterior pueden verse los 59,

60 y 61 Franceses, 63, 64 y 65 Napolitanos, 54, 55 y 56 Holandeses; estos Códigos vuelven á hablar con iguales pormenores al tratar de los testamentos hechos en alta mar. Nosotros habemos creido mas sencillo valernos de referencias, porque los casos son idénticos, salva la modificacion que aquí se hace al artículo 582.

ARTICULO 554.

Las partidas de nacimiento de los hijos de militares se estenderán en el libro de la parroquia donde nacieren.

El 61 Holandes dice: «Se determinará por reglamentos especiales cómo se ha de inscribir en los registros ordinarios del estado civil la defuncion de los militares.»

El Código Frances no hace diferencia acerca de las actas ó partidas del estado civil entre militares ó paisanos dentro del territorio Frances.

Para los militares y demas personas empleadas en el ejército fuera del territorio Frances se dispone en todo el capitulo 5, título 2, libro 1: el Napolitano le sigue en ambas cosas con el mismo número de capítulo título y libro, copiando en sus artículos 93 al 105 los 88 al 98 Franceses.

ARTICULO 555.

Respecto de los nacidos en campaña fuera del territorio español, el párroco castrense estenderá la partida de nacimiento por duplicado, y remitirá en el término de quince dias un ejemplar al Ministerio de la Guerra, y el otro á la inspeccion del arma respectiva, donde se depositará.

Vé lo dicho en el anterior; la disposicion debe entenderse de todas las personas mencionadas en el 578.

ARTICULO 556.

Las partidas de bautismo deberán espresar:

1.º *El dia, hora y lugar del nacimiento, y el dia y lugar del bautismo.*

2.º *El sexo del bautizado.*

3.º *El nombre que hubiere recibido en el bautismo.*

4.º *El nombre, apellido y domicilio ó residencia de los padres, s fueren legitimos.*

5.º *El nombre y apellido de los abuelos paternos y maternos, cuando se esprese el de los padres.*

6.º *El nombre, apellido y domicilio ó residencia de los padrinos.*

Si el hijo ha nacido fuera de matrimonio, no se hará en la partida mencion del padre ó de la madre, á no ser del que de ellos le reconozca en persona ante el párroco y testigos, ó por medio de escritura,

Si la madre solicitare ver con este fin al párroco, y se hallase impedida, pasará este último á su habitacion.

57 Frances que se concreta á la partida de nacimiento encargada al oficial del estado civil; pero ya he observado al artículo 348 que la presentacion del recien nacido, declaracion de su nacimiento y bautismo, son actos simultáneos encerrados en una sola partida que es la de bautismo: el 59 Napolitano copia al Frances; tambien el 51 Holandes, pero quiere que se esprese la edad de los testigos. Es claro que concretándose dichos Códigos al oficial del estado civil, no han podido hablar de los padrinos de nuestro número 6. Tampoco tienen nuestro número 5 relativo á los abuelos; pero ha debido confirmarse esta práctica útil y laudable.

Número 1. La espresion de la hora del nacimiento es ó puede ser útil para el caso y efectos del artículo 107, y para distinguir al mayor cuando nazcan gemelos.

Conviene tener presente para todos los números de este artículo lo que he espuesto en el comentario 340.

Si el hijo ha nacido fuera del matrimonio etc. Es una consecuencia del artículo 126 y 127, por el que se prohibe indistintamente la investigacion de la paternidad y maternidad.

El artículo 32 Holandes limita la disposicion de este párrafo á solo el padre, porque en sus artículos 342 y 343, tomados del 341 y 342 Franceses, prohibe la investigacion de la paternidad, y admite la de la maternidad. Por esto mismo dice Rogron al artículo 57 Frances, que la madre natural, como que es cierta, debe ser siempre nombrada en las partidas de nacimiento fuera de los casos de incesto ó adulterio.

Si la madre solicitare: Esto facilitará en algunos casos que el padre se preste á reconocer al hijo en la partida de bautismo: es ademas un consuelo dado á la víctima de la seduccion impedida, el dar por sí misma estos pasos de solicitud maternal.

ARTICULO 357.

En las partidas de bautismo de los niños espósitos, ademas de espresarse el dia, hora y lugar del mismo, el nombre y sexo de la criatura, y lo relativo á los testigos y padrinos, se hará mencion del dia, hora y lugar en que fué encontrada ó recogida, de las circunstancias que sobre esto hubieren ocurrido, de la edad aparente de la cria-

tura, y de cualquiera señal que se haya advertido en ella ó en sus envolturas.

Esta mencion se hará sobre la declaracion del gefe del establecimiento ó persona que recogió al espósito.

El 58 Frances dice: «Todo el que encuentre un niño recien-nacido, deberá entregarlo al Oficial del Estado civil, asi como los vestidos y otros efectos hallados con el niño, y declarar todas las circunstancias del tiempo y lugar en que haya sido encontrado.»

«Se estenderá un proceso verbal detallado, que enunciará ademas la edad aparente del niño, su sexo, los nombres que se le pongan y la autoridad civil á la que sea remitido. Este proceso verbal será inscrito en los registros: «le siguen el 61 Napolitano y el 55 Holandes; el 54 añade; que, si el niño ha sido recogido en un hospicio, se haga la declaracion por el gefe, ó por uno de los empleados del establecimiento.

Nuestro artículo nada dispone, y antes bien deja á los reglamentos que deba hacerse y á quien deba ser entregado el niño recien-nacido que es encontrado fuera del establecimiento; en una palabra, se pone ya al niño espósito dentro del establecimiento público destinado á este efecto, y que se procede á su bautismo.

Las circunstancias y precauciones prescritas en el artículo pueden conducir á que el padre ó madre arrepentidos hallen facilidad para el reconocimiento del hijo que antes abandonaron, pues de otro modo la investigacion de la paternidad y maternidad está prohibida, artículo 127.

El artículo 547 del Código penal Frances señala penas contra el que no cumple con la entrega del niño segun el 58 del civil: yo no encuentro artículo especial en nuestro Código penal, pues el 491 solo castiga el abandono de niños; y dudo que en esta palabra se comprenda la simple omision en no recoger al ya abandonado.

CAPITULO III.

De las partidas de reconocimiento y legitimacion de los hijos.

ARTICULO 358.

La escritura de reconocimiento de un hijo se inscribirá en el libro de nacimientos en que exista la partida del que es reconocido, y se anotará al márgen de esta el reconocimiento.

En ningun caso la falta de cualquiera de estas formalidades puede ser opuesta al hijo reconocido para disputarle esta cualidad.

Su primer párrafo es el artículo 62 Frances, 66 Napolitano y 38 Holandes: el segundo párrafo es de este último.

El artículo concierne principalmente á los hijos naturales: vé el capítulo 4, título 4 de este libro.

Puede hacerse el reconocimiento aun antes de nacer el hijo natural: un moribundo, un militar ó negociante, precisados á hacer una espedicion lejana, pueden reconocer al hijo del que tal muger se halla en cinta. Esta escritura de reconocimiento obrará sus efectos, ó en la partida misma de bautismo, si era conocida antes, ó despues, en los términos de este artículo, si se descubriere su existencia.

Mas puede haber casos estraordinarios en que haya lugar aún al reconocimiento de un hijo legítimo, como si la madre hubiese muerto de parto en una navegacion ó pais lejano, no hallándose presente su marido y no constando de algun modo quién fuera este. En estos y otros casos semejantes, aunque serán rarísimos, habria de practicarse con la escritura de reconocimiento, lo que se prescribe en el primer párrafo de este artículo, y no podria darse copia de la partida de bautismo, sin insertar en ella su nota marginal.

En ningun caso, etc.: porque el recononcimiento quedó ya perfecto por la escritura, segun el artículo 124, y desde entonces adquirió el hijo su estado y derechos de reconocido: estas formalidades posteriores son meras precauciones y referencias para el mejor órden y mayor facilidad.

ARTICULO 339.

Luego que se celebre el matrimonio de los padres, que antes ó al tiempo de casarse hubieren reconocido un hijo, se pondrá nota marginal de la legitimacion de este en su partida de nacimiento.

Pero no podrá oponerse á su calidad de legitimado la falta de dicho requisito.

Vé el artículo 119. Los legitimados son iguales á los legítimos, artículo 120: es, pues, tanto mayor el interes y la utilidad de este artículo, cuanto la calidad de hijo legítimo es mas noble y preciosa que la del natural simplemente reconocido.

Pero no podrá oponerse: por las mismas razones del artículo anterior: la legitimacion y consiguiente legitimidad vienen de la partida de matrimonio, no de la nota marginal, ó referencia á la misma.

CAPITULO IV.

De las partidas de matrimonios.

ARTICULO 360.

Celebrado el matrimonio, se estenderá por el párroco, dentro de las veinte y cuatro horas inmediatas, la correspondiente partida que espresará:

1.° *El dia y lugar de la celebracion del matrimonio.*

2.° *Haberse llenado los requisitos establecidos por la Iglesia Católica, y por las leyes civiles.*

3.° *El nombre, apellido, edad, domicilio ó residencia de los cónyuges y de sus padres, y los nombres, apellidos, domicilio ó residencia de los padrinos.*

El artículo 76 Frances omite nuestro número 2 y lo de padrinos del número 3, por considerarse allí el matrimonio como simple contrato, y exije la espresion de varias circunstancias omitidas en nuestro artículo: como la edad de los testigos, si son parientes ó afines de los desposados y en qué grado, los nombres, etc., de los padres y madres: el 75 exige la presencia de cuatro testigos: siguen al 76 Frances el 79 Napolitano, 45 Holandes, y el 483 Prusiano, título 11, parte primera.

En el Decreto Tridentino *de reformatione matrimonii*, capítulo 1, sesion 24, solo se lee: «*Habeat parochus librum, in quo conjugum et testium nomina, diemque et locum contracti matrimonii describat quem diligenter apud se custodiat.*»

Número 1: es una repeticion del artículo 356.

Número 2: conforme con el artículo 48 en lo relativo á la Iglesia; y con todo el capítulo 2, título 3 de este libro, en lo concerniente á las leyes civiles. De consiguiente, el párroco deberá cerciorarse de la edad de los contrayentes y, siendo uno de ellos menor, hará constar en la partida el consentimiento de la persona autorizada por la ley para darlo. A lo mismo conspiraba la ley recopilada 9, en su número 20 y la 18, título 2, libro 10, é igual es el espíritu y motivo del artículo 395 del Código penal.

Número 3: en el primitivo trabajo se exigia la espresion de la profesion: se suprimió á mi instancia: vé lo espuesto en el artículo 337.

ARTICULO 361.

Cuando de un juicio civil ó criminal resulte la celebracion legal de

un matrimonio que no se hallare registrado, ó lo hubiese sido con inexactitud en el libro parroquial, se pondrá en él copia de la ejecutoria, que servirá de prueba del casamiento.

El 198 Frances, que habla solo de causa criminal; pero en el discurso 15 se dice: «La prueba adquirida de la celebracion de un matrimonio, sea por la via estraordinaria, sea por la *via civil*, garantiza á los esposos y á los hijos todos los efectos del matrimonio á contar desde el dia de su celebracion, porque la prueba de un título, no es un título nuevo, sino la declaracion de un título preexistente, cuyos efectos deben remontar á la época determinada por su fecha.» Pero no nos cansaremos de decir: para probar un matrimonio, es necesario un título, ó el equivalente.

Cuando el título ha sido falsificado, ó el encargado del registro no ha cumplido exactamente con su obligacion, no puede negarse á los esposos el derecho de probarlo y pedir la reparacion de estas injusticias: vé el artículo 347, y el capítulo 6, título 3 de este libro.

CAPITULO V.

De las partidas de defuncion.

ARTICULO 362.

Para dar tierra á un cadáver deberá preceder licencia de la autoridad local, que la dará en papel comun y sin retribucion alguna.

Es parte del 77 Frances, 82 Napolitano, y 55 Holandes: este último calla sobre el papel y retribucion: todos tres designan por autoridad al *oficial del estado civil.*

La ley, que vela sobre nosotros desde el momento mismo de nuestro nacimiento, nos acompaña hasta la muerte, y nos protege aún en la tumba. Por la muerte entra á representarnos otro en todos nuestros derechos y obligaciones: conviene, pues, fijar con toda certeza y autenticidad este hecho interesante, que forma la última época de la vida del hombre y cierra su viage en este mundo. Todas las precauciones de este título tienen por objeto evitar la precipitacion indiscreta en las inhumaciones, las falsedades y suposiciones, hijas de la codicia ó la venganza, y el descubrimiento de los crímenes, que puedan tener el mismo orígen: vé el número 4, artículo 482 del Código penal.

ARTICULO 363.

La autoridad no concederá licencia sin prévia certificacion de un

facultativo, en que esprese hallarse difunta la persona de quien se trate, y si la muerte ha sido natural ó violenta.

Tambien deberá indicarse por el facultativo próximamente la hora en que se verificó la defuncion.

Los artículos estranjeros citados en el anterior no exigen certificacion de facultativo; pero sí que el *oficial* del estado civil se traslade junto al cadáver para asegurarse de la defuncion.

Pero la traslacion de la autoridad local seria muy molesta, si no imposible, en las grandes poblaciones, y la autoridad podria engañarse en los casos de muerte aparente y del artículo 366, lo que es mas difícil en un facultativo.

Se ha sustituido, pues, la certificacion de este; y no deja de ser estraño que los Códigos mencionados no cuenten nunca para los actos del *oficial civil* con facultativos.

Natural ó violenta. En este segundo caso se procederá segun el artículo 366: vé el número 11, artículo 471, y número 5, artículo 482 del Código penal.

La hora: porque desde ella se han de contar las 24 del artículo 367, y en el momento mismo de ella se abre la herencia. Podria, pues, haber, ó no, lugar á la trasmision del derecho hereditario, segun que el heredero hubiese muerto una hora antes ó despues que *su autor*: vé los artículos 550 y 836.

ARTICULO 364.

El facultativo que asistió al difunto en su última enfermedad y en su defecto cualquiera otro llamado al intento, tiene obligacion de examinar el estado del cadáver y estender la certificacion de que habla el artículo anterior, sin exigir retribucion alguna.

El exámen del estado del cadáver tiene por objeto no solo asegurarse de la realidad de la defuncion, sino el cumplimiento del artículo anterior y del 366.

ARTICULO 365.

La autoridad local conservará las certificaciones de que habla el artículo anterior.

Conservará: para cubrir la responsabilidad que se le impone en el artículo 368.

ARTICULO 366.

Cuando hubiere signos ó indicios de muerte violenta ú otras cir-

cunstancias que den lugar á sospecha, la autoridad local, asistida de uno ó mas facultativos, procederá á la inspeccion del cadáver y averiguacion de cuanto pueda conducir al descubrimiento de la verdad, poniéndolo todo prontamente en noticia de la autoridad judicial, á quien corresponderá en este caso dar la licencia.

El artículo 81 Frances viene á disponer en sustancia lo mismo: 86 Napolitano, 53 Holandes.

Dar la licencia. El cadáver en este caso es el cuerpo del delito, y de él está apoderada ya la justicia, cuyo primer deber es averiguarlo. Ademas se evita por este medio en todos los casos la repugnante é insalubre diligencia de la exhumacion: vé el artículo 372.

ARTICULO 367.

La licencia para enterrar un cadáver no podrá darse hasta pasadas veinte y cuatro horas del fallecimiento, salvo lo que dispongan los reglamentos de sanidad.

Es parte del 77 Frances, 82 Napolitano y 53 Holandes.

Pasadas veinte y cuatro horas. Hay peligro en precipitar las inhumaciones, y no faltan ejemplos de que por esta causa ha sido enterrada viva una persona aparentemente muerta.

Los reglamentos de sanidad: lo que suele suceder en tiempos de peste, ó epidemia, para preservar la salud pública, y no agravar los tristes efectos de aquellas calamidades.

ARTICULO 368.

La autoridad local es responsable de cualquiera transgresion ó inobservancia de lo dispuesto en los precedentes artículos.

No se halla en el Código penal sancion alguna sobre la responsabilidad de este artículo por suponerse que la habrá en los reglamentos de sanidad.

ARTICULO 369.

El cura párroco estenderá la partida de defuncion, espresando, en cuanto sea posible:

1.° *El dia y hora en que hubiese acaecido la muerte.*

2.° *El nombre, apellido, edad y domicilio del difunto.*

3.° *El nombre y apellido de su cónyuge, si habia sido casado.*

4.° *El nombre y apellido de su padre y madre y el lugar del nacimiento de estos.*

En este caso, los testigos deben escogerse entre los que hayan co-

nocido al difunto; y si la muerte acaeciere fuera del domicilio, uno de los testigos será la persona en cuya casa hubiese fallecido.

Viene á ser el 79 Frances, salvo que este exige, como siempre, que se declare la profesion de todos; requisito rechazado por nosotros.

El segundo párrafo de nuestro artículo no se halla en el Frances; pero es evidente la conveniencia de que los testigos de este acto postrero hayan conocido al difunto: sobre la otra circuns tancia vé el final del artículo 330.

ARTICULO 370.

Si la muerte hubiere ocurrido en hospital, cárcel ú otro establecimiento público, será obligacion de su gefe ó encargado solicitar la licencia para dar tierra al cadáver, y llenar los requisitos necesarios para que se estienda la partida de defuncion.

El artículo 80 Frances, seguido por el 54 Holandes y el 85 Napolitano, dice: «Hospitales militares, civiles ú otras casas públicas,» y prescribe que en unos y otras se lleven registros particulares.

ARTICULO 371.

Los jueces encargados de la ejecucion de la sentencia de muerte, concederán el permiso para dar tierra al cadáver.

Vé el artículo 366, porque el cadáver del ejecutado continúa aún bajo el poder y custodia de la justicia.

El artículo 92 del Código penal dice: «El cadàver del ejecutado quedará espuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer, en la que será sepultado, entregándolo à sus parientes ó amigos para este efecto, si lo solicitaren. El entierro no podrá hacerse con pompa.»

ARTICULO 372.

Cuando la muerte hubiese sido violenta, ó hubiere ocurrido en las cárceles, ó en algun establecimiento penal, ó de ejecucion capital, no se hará en la partida mencion alguna de estas circunstancias, y se estenderá simplemente en la forma prescrita en el artículo 369.

85 Frances, 59 Holandes y 90 Napolitano.

Muerte violenta: como el duelo, y sobre todo el suicidio.

Aunque á los ojos de la razon las penas y mancilla resultante de ellas sean personales, seria en vano disimularnos que la preocupacion contraria ejerce un grande imperio sobre la mayor parte de los hombres. La ley, que no puede borrar súbitamente esta preocupacion, debe

al menos templar sus efectos, y mirar por las familias sobre quienes recaeria su injusticia.

Lo esencial es consignar de un modo auténtico el hecho de la muerte ó defuncion: el género de esta es indiferente, pues no se trata aquí de recoger notas para el elogio ó censura del difunto.

Por mas que en el artículo 23 del Código penal no se reconoce pena alguna infamante, aun respecto del mismo culpado, la preocupacion indicada tarde ó nunca se desarraigará. Estas consideraciones obran igualmente contra la práctica de enterrar en un lugar aparte á los ajusticiados.

ARTICULO 373.

Respecto de la partida de defuncion de los que murieren en alta mar y de los militares se observará lo dispuesto en los artículos 352, 353, 354 *y* 355; *y los Ministros de Guerra y Marina remitirán las copias de estas partidas al párroco del domicilio del difunto; y siendo desconocido el domicilio, al de la parroquia mas antigua de Madrid,*

Los artículos 86 y 87 Franceses hablan solo de defunciones acaecidas en alta mar, por estar consagrado su capítulo 5 á las partidas del estado civil de los militares en campaña fuera del territorio Frances, 91 y 92 Napolitanos, 60 Holandes.

DISPOSICION ESPECIAL.

ARTICULO 374.

En cuanto á los matrimonios de conciencia se estará á lo dispuesto en las bulas pontificias admitidas en España, observándose en la estension de las partidas las disposiciones de este título en cuanto no se opongan á ellas.

Cuando el matrimonio se haga público, los RR. Obispos remitirán un duplicado de las partidas al cura párroco y al juzgado para que las inscriban en los correspondientes libros de registro.

En la carta encíclica de Benedicto XIV de 17 de noviembre de 1741, recomendada por la ley Recopilada 14, título 2, libro 10, se arregló lo concerniente á los matrimonios secretos ó de conciencia, *oculta hæc matrimonia conscientiæ vulgo nuncupata.* Aquel sabio Pontífice los deplora por sus funestas consecuencias, y trata de prevenirlas ó atenuarlas por consejos ó medidas, entre otras la de los libros de matrimonios y bautismos que deben ser custodiados en la cancillería episcopal cerrados y sellados.

En rigor de derecho y en sana política debian estos matrimonios

ser privados de los efectos civiles: la Comision llevó en esto al estremo su respetuosa complacencia.

Cárlos III, siendo Rey de Nápoles, admitió la encíclica en 1742 bajo espresa circunstancia de que en manera alguna se entendiese que menoscababa por ella la Real potestad, en lo que digan relacion estos matrimonios á los efectos civiles.

CAPITULO VI.

De la rectificacion del registro.

ARTICULO 375.

Ninguna partida de los registros del estado civil, despues de estendida y firmada, podrá adicionarse ni enmendarse sino en virtud de ejecutoria del tribunal civil competente, oido el ministerio fiscal.

Serán tambien oidas las partes interesadas, cuando á ello hubiere lugar.

99 Frances, 25 de Vaud, 104 Napolitano y 71 Holandes; pero en el 70 se determinan los casos en que há lugar la rectificacion; á saber: cuando no han existido registros, ó se han perdido, ó hán sido falsificados, cambiados, rasgados, destruidos, manchados ó mutilados; cuando faltan en ellos las partidas, ó estas contienen errores, omisiones ù otros defectos. La seccion 6, título 2, libro 1, Holandes, trata *de los cambios de nombres y apellidos*, y la 7 *de la rectificacion.*

Errores, negligencias y hasta delitos, pueden hacer necesaria la rectificacion; pero esta jamás se hará de oficio ó á instancia del ministerio fiscal, sino de las partes interesadas: jamás dependerá de los que han redactado, ó conservan los registros. Estos son un depósito sagrado; ninguna autoridad tiene derecho de modificar ó rectificar de oficio las partidas inscritas en ellos, y que han causado ya derechos á favor de tercero. La intervencion que se da al promotor fiscal en el artículo 343 es de mera policía para perseguir las contravenciones; pero que no ejerce influjo alguno sobre la validez de las partidas: *Lo escrito, escrito*; hasta que el tribunal, con pleno conocimiento de causa en juicio, contradictorio, y oidos todos los interesados, ordene la rectificacion: vé lo espuesto en el artículo 343.

Tribunal:: competente: el juzgado en cuya secretaría ó escribanía obre el egemplar, cuya rectificacion se pide.

Oido el ministerio fiscal: porque el estado civil de las personas es de un interes social y órden público, por ser la base del estado y repo-

so de las familias: el artículo 83 del Código Frances de procedimientos civiles así lo establece.

Las partes interesadas: no es necesario que se atraviese un interes pecuniario; lo hay, y muy grande, en que no se introduzca en la familia una persona estraña.

ARTICULO 376.

La ejecutoria de rectificacion se inscribirá en el registro y servirá de partida, poniéndose ademas nota al márgen de la reformada, y solamente perjudicará á las partes que hubieren sido oidas en el juicio de rectificacion.

100 y 101 Franceses, 105 y 106 Napolitanos, 72 y 73 Holandeses, 24 y 25 de Vaud.

Se inscribirá: lo mismo se dispone especialmente para matrimonios en el artículo 361. La inscripcion se hará, como las de todas las partidas, en los registros ó libros corrientes, y se pondrá la nota al márgen de la reformada ó rectificada, que regularmente obrará en los registros archivados; pero esta quedará por lo demas en el mismo estado que antes, y no podrá darse certificacion de ella sin darla juntamente de la nota.

Solamente perjudicará, etc. Esto es general y comun á todas las sentencias que no dañan, ni aprovechan sino á los litigantes, sus herederos y causa-habientes.

«*Res inter alios judicatas neque emolumentum afferre his, qui in judicio non interfuerunt, neque præjudicium solere irrogare*;» ley 2. *Nec in simili negotio res inter alios actas absenti præjudicare*;» ley 4. título 56, libro 7 del Código; y ley 19, título 22, Partida 3.

ARTICULO 377.

Toda rectificacion y anotacion se hará en los dos ejemplares del registro; y el ministerio fiscal cuidará del cumplimiento de esta disposicion y de que se guarde en ella completa uniformidad.

El artículo 49 Frances encarga esto al Oficial del estado civil respecto de los registros corrientes ó archivados en el Ayuntamiento, y al secretario del tribunal respecto de los archivados en el Juzgado: el primero lo ha de poner dentro de tres dias en noticia del Fiscal, para que vigile sobre la uniformidad: lo mismo el 51 Napolitano; el 25 Holandes estiende á diez dias los tres del Frances.

En los dos ejemplares: porque los dos son registros ó protocolos, y no puede haber en uno mas ni menos que en el otro.

ARTICULO 378.

No podrá darse certificacion de ninguna partida que haya sido rectificada, sin insertar en aquella la nota marginal de la rectificacion.

25 Holandes: vé lo espuesto al 376; para esto se pone la nota, que forma desde el mismo instante un todo inseparable con la partida rectificada.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA DIVISION DE LOS BIENES Y DE LA PROPIEDAD.

TITULO PRIMERO.

De la division de los bienes.

«*Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse.*» Ley 49, título 16, libro 50 del Digesto.

En el libro 1 se ha tratado de las personas que forman el primer objeto; en este, por un órden natural, va á tratarse de las cosas ó bienes que forman el segundo: por Derecho Romano las acciones formaban el tercero; nosotros reservamos esta materia para los Códigos de procedimientos. «*Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones;*» párrafo 12, título 2, libro 1, Instituciones.

El libro 2 de las Instituciones de Justiniano: «*De rerum divisione, et acquirendo ipsarum dominio.*

En los títulos 28 y siguientes, Partida 3, se trata de esto mismo con el epígrafe «Del señorío en las cosas.» La 27, título 2, Partida 3, hace sinónimos la *propiedad y señorío* ó dominio: «Propiedad es el señorío de la cosa,» segun la 10, título 33, Partida 7, y en este sentido se toma aquí.

«De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad,» dicen los Códigos Frances, Napolitano, Sardo, de Vaud y la Luisiana: el Holandes simplemente «De los bienes.»

DISPOSICION PRELIMINAR.

ARTICULO 379.

Las cosas que pueden ser objeto de propiedad son bienes muebles é inmuebles.

Es el 516 Frances, 297 Sardo, 321 de Vaud, 560 Holandes: este úl-

timo define la palabra *bienes* «todo lo que puede ser objeto de una propiedad:» el 439 Napolitano añade: «pública ó privada:» el 439 de la Luisiana dice: «privada:» vé nuestro artículo 384.

Segun el artículo, las palabras *cosas y bienes* son sinónimas en el sentido de este título: el capítulo 1 de la Luisiana dice: «De la distincion de las cosas ó de los bienes.»

Por Derecho Romano y Patrio las cosas se dividian primeramente en *corporales é incorporales*: las corporales se subdividian en *muebles é inmuebles*, y luego las muebles en simplemente tales, como las inanimadas; y en semovientes, como los animales: las segundas no necesitan del auxilio del hombre para moverse; las primeras sí. En el artículo 1387 viene á reconocerse la division de cosas *corporales é incorporales*, aunque aquí no se haga: vé lo allí espuesto.

Muebles: «La que ome puede levar de un lugar á otro, ó se mueve ella por si misma.» Leyes 10, título 33, Partida 7, 93, título 16, libro 50, y 5, título 17, libro 48 del Digesto.

Inmuebles: *Quæ citra corruptionem de loco in locum nequeunt moveri, ut res soli, vel quæ inmobilium partem constituunt, vel perpetui usus causa loco sunt destinata*: este es el epítome claro y sencillo de las leyes Romanas y de Partidas sobre los verdaderos inmuebles, tales como entonces se conocian sin las ficciones del crédito, y tal se halla en el artículo 517 Frances.

Conviene mucho fijar la distincion de bienes en muebles é inmuebles porque las disposiciones y efectos legales varian mucho, segun la diversa naturaleza de aquellos, como se verá en las donaciones, censos, hipotecas, prescripciones y en otros lugares.

Ademas, los inmuebles se rigen por las leyes del pais en que radican; los muebles por las del domicilio del dueño, artículos 8 y 9.

CAPITULO PRIMERO.

De los bienes inmuebles.

ARTICULO 380.

Son bienes inmuebles:

1.° *Las tierras y edificios.*

2.° *Las plantas y árboles, mientras estuvieron unidos á la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles ó plantas.*

3.° *Los abonos destinados por el propietario al cultivo de sus heredades, y puestos en estas.*

4.° *Todo lo que está unido á un edificio de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro de esta ó del objeto adherente*.

5.° *Las estátuas colocadas en un nicho construido espresamente en el edificio.*

6.° *Los viveros de animales.*

7.° *Las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca para el uso propio de la industria que en aquella se ejerciere.*

8.° *Las servidumbres y demas derechos reales sobre bienes inmuebles.*

9.° *Los oficios y derechos perpétuos enagenados de la Corona.*

Es en su mayor parte el 518 y siguientes Franceses copiados en los otros Códigos.

Número 1. Estos son inmuebles por su misma naturaleza, y suelen llamarse con toda propiedad *raices*.

Número 2. *Las plantas y árboles.* Con mayor razon que los frutos pendientes, porque reciben su vida del mismo suelo, cuyo valor y especie determinan, y generalmente no pueden separarse de él sin perecer ó desmejorarse, *citra corruptionem*.

Los frutos pendientes. «*Fructus pendentes pars fundi videntur,*» ley 44, título 1, libro 6: «*Quod ad fundum fructusque ejus attineret, unam qüandam rem fuisset, id est fundum*: ley 25, párrafo 6, título 8, libro 42 del Digesto: se reputan parte y accesion de la misma heredad, y le siguen en todos sus cambios de dominio; pero pueden venderse y legarse con separacion del mismo, y en tal caso son rigorosamente bienes inmuebles: vé el artículo 400.

Número 3. «*Fundo vendito vel legato sterculinium et stramenta emptoris et legatarii sunt: siquidem sterculinium stercorandi causa comparatum sit: si vendendi, venditorem sequitur, nisi aliud actum est;*» ley 17, párrafo 2, título 1, libro 19 del Digesto.

Y puestos en estas: porque solo así y teniéndolos á la vista, ha podido pensarse en ellos; y no puede ponerse en duda el destino que pensaba darles el propietario; la citada ley Romana no es tan clara en este punto.

Número 4. Este número alude á lo que los intérpretes de Derecho Romano llaman *fixa vincta*, y tiene grande afinidad con el número 7. Uno y otro han sido tomados de las leyes 16, párrafo 31, hasta la 18 inclusive, título 1, libro 19 del Digesto, copiadas parcialmente en las 28 hasta la 31, título 5, Partida 5: las Romanas, sobre todo, ilustran este punto con multitud de ejemplos, y convendrá consultarlas en los casos que ocurran, asi como todo el título 7, libro 33 del Digesto.

«*Ædibus distractis, vel legatis, ea esse ædium solemus dicere: quæ quasi pars ædium, vel propter ædes habentur, est puta puteal, quo puteus operitur;*» leyes 16 y 17: «*Ea quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, aedificii esse: quæ vero ad præsens, non esse ædificii;*» la misma ley 17, párrafo 7.

Las cosas muebles por su naturaleza se fingen ó reputan inmuebles desde que el propietario las destina al uso perpétuo de otra inmueble. Esta intencion y destino del propietario son manifiestos en los casos del número 4, y no necesitan de prueba, sea cualquiera la cosa ú objeto unido: en los del número 7 será mas de una vez necesaria y aun habrá de consultarse la costumbre para distinguir entre el destino *temporal y el perpétuo*, bien sea por utilidad ó embellecimiento del inmueble.

Por Derecho Romano y Patrio (ley 17, párrafos 10 y 11, título 1, libro 19 del Digesto, leyes 28, 30 y 31, título 5, Partida 5), las cosas comprendidas en este número 4, aunque separadas momentáneamente del inmueble, pero con intencion de reponerlas en él, continúan reputándose inmuebles; y lo mismo se dispone respecto de los materiales separados de un edificio para reponerlos. Pero si se tratare de cosas que nunca estuvieron unidas al inmueble, aunque se piense en usarlas, ó de materiales nuevos para construir, conservan entretanto su concepto de muebles.

Los Códigos modernos han seguido en esto al Derecho Romano, é igual es el sentido de este artículo.

Número 5. La construccion del nicho descubre por sí sola la intencion de perpétuo destino de la estátua, pues que el propietario no lo hizo para tenerlo vacio. La ley 12, párrafo 23, título 7, libro 33 del Digesto dice: *sigilla et statuæ adfixæ*.

Número 6. La ley 15, título 1, libro 19 del Digesto, dispone lo contrario, y la copia la 30, título 5, Partida 5: «*pisces autem quæ sunt in piscina, non sunt ædium.*» Gotofredo en su comentario á dicha ley 15 cita algunos autores franceses que sostenian la *costumbre* de París contraria á la ley Romana, diciendo que esta segunda solo procedia cuando se echan los peces para custodiarlos, no para que se multipliquen y den fruto.

El artículo 524 Frances, mucho mas minucioso que el nuestro, ha sido tomado en efecto de los 90 y 91 de la mencionada *costumbre*, pero se entiende todavia en el sentido mencionado, que es el que espresa la redaccion del nuestro. En tal caso los animales gozan de su libertad natural; nosotros no los poseemos en particular, sino en cuanto hacen parte del bosque, estanque ó palomar destinados á su cria y cuyo valor se aumenta con esto: repútanse, pues, como accesorios de los mismos inmuebles. Todo lo espuesto en los números anteriores surte su efecto

en las trasmisiones de dominio y á esto hacen alusion los artículos 699 y 1392.

Número 7: vé lo espuesto al 4.

Número 8. Este número comprende los bienes que se llaman inmuebles por el objeto sobre que recaen ó tienen aplicacion. Trátase de derechos ó cosas incorporales, que, consideradas en sí mismas, no son propiamente muebles ni inmuebles, puesto que no se pueden tocar: mas siendo preciso para los efectos de derecho clasificarlas en una de las dos especies, se han reunido naturalmente al objeto ó cosa en que pueden ejercitarse, y se han considerado muebles é inmuebles segun la diversa naturaleza de la cosa ú objeto.

Acerca de las servidumbres prediales no podia haber duda, pues forman un todo con el prédio dominante, y son una modificacion ó diminucion del dominio en el prédio sirviente; son derechos y calidades de ambos prédios, *imo prædia ipsa qualiter se habentia*; segun la ley 86, título 16, libro 50 del Digesto.

La misma razon milita en los demas derechos y acciones reales relativas á inmuebles segun la regla 15 del Derecho: *qui actionem habet ad rèm recuperandam ipsam rem habere videtur*: por esto el usufructo, uso y habitacion sobre inmuebles tienen el mismo concepto.

Pero la accion hipotecaria accesoria de una obligacion personal y exigible no debe considerarse como inmueble, porque la naturaleza de cada cosa ha de fijarse por lo que es principal en ella; y en el caso propuesto lo principal es la obligacion personal, que tiene por objeto una cosa mueble ó pago de cantidad: lo accesorio no puede cambiar la naturaleza de lo principal y convertirlo de mueble en inmueble.

¿Se reputarán bienes raices los censos? «Por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y demas derechos perpétuos que puedan admitir gravámen ó constituir hipotecas.» Ley recopilada 5, número 4, título 16, libro 10.

La 12, título 17, permitió la fundacion de mayorazgos sobre efectos de rédito fijo, como *censos*, juros, efectos de villa y acciones de Banco en oposicion á bienes *raices estables*: ninguna de estas leyes distinguió entre censos redimibles é irredimibles.

Pero hasta aquí los censos eran considerados á manera de servidumbres, como una carga puramente real, sin mezcla alguna de obligacion personal; y nosotros habemos establecido lo contrario respecto del *consignativo*, reduciéndolo á un simple crédito con hipoteca, salva la prohibicion de exigir el capital fuera de ciertos casos.

En el reservativo por el contrario, solo habemos reconocido obligacion y accion puramente real: vé los artículos 1554 y 1559.

Entiendo, pues, que el censo consignativo no debe reputarse bien inmueble, como no se reputan las rentas perpétuas en el artículo 529 Frances; pero sí el reservativo y demas indicados, porque son una diminucion ó modificacion del dominio en la finca gravada, y conservan el concepto á manera de servidumbre que hasta aquí tenia tambien el consignativo.

Número 9. *Los oficios, etc.*: vé las leyes recopiladas en el número anterior sobre la cuestion de censos. Los oficios y derechos perpétuos ó regalías menores, enagenados de la corona, han merecido siempre entre nosotros, y puede decirse que en casi todas las naciones, el concepto de bienes inmuebles, á pesar de estar sujetos al tanteo por el precio de egresion; los portazgos, pontazgos, derecho de caza y pesca, y demas señoriales y jurisdiccionales antes de su abolicion. El artículo 417 Sardo declara tambien inmuebles las plazas de procuradores, actuarios, y otras todavia existentes que forman el objeto de una propiedad privada.

CAPITULO II.

De los bienes muebles.

ARTICULO 381.

Todos los bienes no comprendidos en el artículo anterior son muebles ó se consideran tales por la ley.

Hasta la última revision del Código este artículo se hallaba redactado en cuatro números con especificacion de las cosas que debian tenerse por muebles.

El artículo habia sido tomado de los Franceses 527, 528 y 529, aunque con alguna variacion, siendo la principal declarar bienes muebles las rentas del Estado sin ninguna distincion: los otros Códigos modernos siguen al Frances.

Pero una vez determinadas en el artículo anterior todas las especies de bienes inmuebles, pareció mas breve, sencillo y claro redactar el artículo *á contrario sensu* en los términos que ahora tiene. Segun el artículo 379 todos los bienes son muebles ó inmuebles: el 380 enumera y fija los inmuebles: luego todos los demas son muebles: el 381 no es sino una consecuencia natural y forzosa, que se habria sobreentendido, aun sin espresarse.

ARTICULO 382.

Cuando por disposicion de la ley ó del hombre se use en general

de la espresion bienes muebles, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por bienes muebles, segun lo dispuesto en el artículo anterior.

Cuando se use de la espresion de muebles solo, ó bienes muebles de una casa, no se comprenderán el dinero, los créditos ó acciones, los efectos públicos ó de comercio, las alhajas, colecciones científicas ó artísticas, los libros ó sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, la ropa de vestir ó de cama, las caballerías ó carruájes y sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni otras cosas mas que las que sirven para amueblar ó alhajar la casa.

En todos los casos de este artículo se estará á la intencion ó voluntad del testador ó de las partes, siempre que constare clara y manifiestamente.

La primera parte es el artículo 535 Frances, 339 de Vaud, 460 Napolitano, 470 de la Luisiana, 569 de Holanda y 413 Sardo.

La segunda es el 533 Frances, que no esceptúa literalmente las colecciones científicas, ni en general la ropa de uso, sino *le linge de corps*, la ropa blanca para el uso del cuerpo; ademas esceptúa los granos, vinos y otros comestibles. Siguen al Frances el 414 Sardo, 458 Napolitano, y 336 de Vaud: el 571 Holandes esceptúa tambien las estampas, cuadros y estátuas.

La disposicion de este artículo puede tener lugar en las ventas, arriendos, mandas y donaciones: trátase de esta materia en varias leyes del libro 32, y de los títulos 7 y 10, libro 33 del Digesto.

Bienes muebles: porque á estas palabras, asi usadas, no pueden contraponerse sino los bienes inmuebles. De consiguiente la venta, donacion ó legado, hecho en estos términos, únicamente escluirán los bienes inmuebles, tales como han sido clasificados en el artículo anterior, abrazando todos los muebles donde quiera que se hallen.

Los intérpretes de Derecho Romano esplican esto con mayor claridad, entendiéndolo del caso en que se venden ó legan los *bienes muebles* en general y sin designacion de lugar.

Designándose lugar, por ejemplo, los de una casa, no se entendia comprendido el dinero ni los créditos, aunque los títulos ó instrumentos de estos se encontrasen en ella, segun las leyes 78, párrafo 1, y 92, libro 32 del Digesto.

La espresion de *muebles sola, etc.* Tal vez esto se esplicaria mejor segun el uso comun con el nombre de *ajuar*, en latin *supellex*, de cuyo legado se trata en el citado título 10.

El objeto del artículo es remover incertidumbres, que mas de una vez han embarazado á los jueces, y siempre han sido ruinosas para los litigantes.

Se estará á la intencion, etc. De todos modos el rigorismo del artículo no puede ser superior á la voluntad manifiesta del testador ó de las partes en contrario. «*Nomina et numimos non videri debere, nisi manifeste de iis quoque legandis voluntas defunctæ adprobaretur*: ley 78, párrafo 1, libro 32 del Digesto; y debe tenerse muy presente la discreta regla de la ley 86 del mismo. «*Nec quod casu abesset, minus esse legatum, nec quod casu ibi esset, magis legatum esse.*»

Pero la palabra *muebles* tiene, como todas, un significado generalmente recibido, y puede decirse que comprende todo lo que sirve para el adorno y uso diario de la casa. «Amueblar es, segun el Diccionario, alhajar ó adornar con muebles una casa.»

Puede el testador haber entendido por muebles y destinado al adorno y uso diario cosas no comprendidas en el sentido comun de aquella palabra: ¿qué se hará en ese caso?

Trátase de él muy ingéniosamente en el párrafo 2, ley 7, título 10, libro 33 del Digesto y el Jurisconsulto Celso parece inclinarse á la opinion de Servio, favorable al significado general de la palabra «*Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debent.*» Yo, sin embargo, tengo por mas razonable la opinion contraria de Tuberon, fundada en que «*Prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis;*» y la confirma la ley 18, párrafo 3, título 5 del mismo libro: «*Optimum esse, non propiam verborum significationem scrutari: sed inprimis, quid testator demonstrare voluerit: deinde in qua presumptione sunt, qui in quaque regione commorantur*:» por estas consideraciones se adoptó el párrafo final del artículo.

La venta ó donacion de una casa *con todo lo que se encuentre en ella*, ¿qué es lo que comprende?

Segun el artículo 536 Frances comprende todos los efectos muebles contenidos en la casa, menos el dinero contado, deudas activas y otros derechos, cuyos títulos pueden estar depositados en ella: le siguen el 461 Napolitano, 342 de Vaud, 572 de Holanda, 472 de la Luisiana y 417 Sardo: se vé, pues, que este caso, no infrecuente, es, por los dichos Códigos, mucho mas lato que el de la segunda parte de nuestro artículo.

Las leyes Romanas habian resuelto esta cuestion en sentido mas lato para el caso de legado, idéntico al de venta ó donacion y mas frecuente. El legado comprendia todo lo que se encontraba en la casa al morir el testador, *etiam instrumenta calendarii et nummos*, ley 27, párrafo 3, título 7, libro 33 del Digesto: á no ser que con objeto de ampliar el legado se hubiese introducido alguna cosa en la casa, ignorándolo el testador. Ley 32, párrafo 3, libro 31 del Digesto. Yo tengo por mas espedita y razonable la decision Romana para el caso de legado, *nisi*

manifeste contrariam (testatoris) voluntatem coheredes approbant, segun la misma ley 27.

ARTICULO 383.

Los bienes muebles son fungibles ó no fungibles.

A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso conveniente á su naturaleza, sin que se consuman; á la segunda especie pertenecen los demas.

Es el 1892 Frances, 561 Holandes, 1764 Napolitano, 2881 de la Luisiana, 1914 Sardo y 1376 de Vaud.

«*Quæ pondere, número, mensura constant:: quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem:: in cœteris rebus aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*» Ley 2, párrafo 1, título 1, libro 12 del Digesto, y testo del título 15, libro 3, *Institutiones*: «Que se pueden contar, ó pesar, ó medir: «(el deudor) es tenudo de dar otra tanta, é tal, é tan buena;» ley 2, título 1, Partida 5.

Rogron en sus comentarios al capítulo 2, libro 2 del Código Frances, y al artículo 1892, critica de poco exacta la definicion francesa, igual á la nuestra, y pretende que se definan cosas fungibles aquellas en que *una fungitur vice alterius.*

Dejo á Rogron con sus sutilezas y ejemplos, que nada prueban: en horabuena que sean cosas fungibles aquellas *in quibus tantumdem est id.*: nadie se lo disputa; pero esto solo acontece en las que se consumen por el simple uso, de modo que no es posible usar de ellas sin destruirlas, en las que no están en el comercio sino en razon de su peso, número ó medida; y con la definicion corriente hasta ahora nadie se ha engañado sobre la verdadera naturaleza de las cosas fungibles: vé los artículos 1124, 1630 y 1647.

CAPITULO III.

De los bienes considerados segun las personas á quienes pertenecen.

ARTICULO 384.

Los bienes son de propiedad pública ó privada.

Vé los estranjeros citados en el 379: *nulla res sine domino*; lo que no es de propiedad privada, lo es de la pública, ó por mejor decir, del Estado, salvos los que por ser *nullius*, se hacen del primero que los ocupa.

ARTICULO 385.

Son de propiedad pública:

1.° *Los bienes que pertenecen al Estado.*

2.° *Los del Patrimonio Real destinados á la dotacion permanente de la Corona.*

3.° *Los que pertenecen á una provincia ó pueblo de la Monarquía.*

Aquí las palabras «Propiedad pública» se toman por contraposicion á la *privada*, y en cuanto á los efectos del artículo 388: por lo demas son bien claras y notables las diferencias entre la propiedad del Estado, y la de las provincias ó pueblos, y en cuanto á su aprovechamiento.

Número 2.° El Rey puede tener bienes de su propiedad particular, y no puede negársele el derecho que tiene todo español. Aquí solo se habla del Real Patrimonio, como en varias leyes del título 5, libro 3, y del título 8, libro 7, Novísima Recopilacion, en que se identifica con la Corona; «El recobro del Real Patrimonio injustamente enagenado:: recuperacion de lo enagenado de la Corona;» y se le supone hasta un medio ordinario para acudir á las urgencias públicas: ley 9, título 8, de lo que se presenta un ejemplo práctico en el capítulo 11 de la Crónica de Don Juan II.

La Corona tenia su Patrimonio ó rentas fijas y permanentes, sin perjuicio de los servicios estraordinarios que se otorgaban en Córtes. «Fuéronles otorgadas todas estas cosas porque oviessen con que se mantoviessen onradamente en sus despensas; é con que pudiessen amparar sus tierras.» Ley 11, título 28, Partida 3. El Patrimonio era inalienable, aunque en este punto hubo abusos y vicisitudes. En los años de 1820 al 1823 se trató de su deslinde, pero segun mis noticias no llegó á completarse; hoy dia es el único mayorazgo, porque lo es la Corona á cuya dotacion permanente está destinado.

ARTICULO 386.

Pertenecen al Estado:

1.° *Los puertos, radas, ensenadas y costas del territorio español en la estension que determinan las leyes especiales.*

2.° *Los caminos, canales y demas obras públicas construidas y conservadas á espensas del Estado.*

3.° *Los rios, aunque no sean navegables, su álveo y toda agua que corre perennemente dentro del territorio español, con las limitaciones contenidas en la seccion segunda, capítulo II, título V de este libro.*

4.° *Las riberas de los rios navegables en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegacion.*

5.° *Los bienes que no tienen dueño, ó que no le tienen conocido, y los de las herencias vacantes conforme al artículo 783.*

6.° *Todos los demas que por leyes especiales estén declarados ó se declaren en adelante propiedad del Estado.*

538 al 540 Franceses, que hablan de rios navegables, *ou flottables*, y de las puertas, murallas, fosos y baluartes de las fortalezas: 419 y siguientes Sardos, en que se confunde al Estado con la Corona; 576 al 581 Holandeses, 545 de Vaud, 463 y siguientes Napolitanos y 477 de la Luisiana.

Estas son las cosas llamadas *públicas* en Derecho Romano, y que segun la ley 2, título 28, Partida 3, *pertenecen tan solamente á todos los omes* á diferencia de las *comunes* que pertenecen á toda criatura viviente.

A espensas del Estado: aquí entran muros y fortalezas del 540 Frances.

«*Flumina pene omnia et portus publica sunt.*» «*Cuilibet in publicam petere permittendum est, in quod ad usum omnium pertinet: veluti vias publicas, itinera publica.*» Leyes 4, párrafo 1, título 8, libro 1 y 1, título 7, libro 43 del Digesto.

«Los rios é los puertos, é los caminos públicos pertenecen á todos los omes comunalmente.» Ley 6, título y Partida citadas

Aunque no sean navegables. Vé lo espuesto al frente de la seccion segunda del título 5 de este libro. Aquí se habla del rio que las leyes Romanas llamaban *público*, es decir, *quod pereniter fluit*, no del privado, *quod aestate exarescit.* Ley 1, párrafos 3 y 4, título 12, libro 43 del Digesto; y aquellas leyes solo hablaban del rio público, *si aut navigabile sit, aut ex eo aliquid navigabile fit*, Ley 2.

Cierto es que en los rios navegables hay una razon mas para declararlos propiedad del Estado; pero todos son de grande importancia por la multitud de usos necesarios á la vida, ó útiles á la industria y agricultura que pueden hacerse de sus aguas. Es, pues, conforme á la paz y conveniencia pública, que el Estado sea su único propietario y regulador; y por esto se contaban en muchos paises entre las regalías como sucedia en nuestra Cataluña. Pero esta declaracion de propiedad, deja á salvo las limitaciones de la referencia del número 3: vé los artículos 489 y siguientes.

El artículo no comprende los estanques, lagos ó lagunas; segun la ley 1, título 14, libro 3, los habia *públicos y privados*: lo mismo puede decirse entre nosotros: el pantano de Lorca, por ejemplo, es

propiedad del Estado; pero no puede decirse lo mismo por regla general de todos.

Número 4. *Indispensable para la navegacion.* Siendo esta el fundamento principal de la propiedad pública, debe serlo tambien todo lo indispensable para conseguir este objeto; pero se deja á reglamentos especiales la determinacion de lo indispensable: vé los artículos 490 y 524.

Número 5. Conforme con las leyes 1 y 4, título 10, libro 10 del Código, con las del título 22, libro 10, Novísima Recopilacion, y con los artículos 1 y 2 de la ley de 16 de Mayo de 1835: vé el artículo 783.

ARTICULO 387.

Pertenecen á una provincia ó pueblo de la Monarquia, los caminos ó canales construidos respectivamente á sus espensas, y todos aquellos bienes que posee para el uso y aprovechamiento de sus habitantes ó para subvenir á sus gastos, bajo las reglas establecidas por la administracion del Estado.

Es el 542 Frances, que habla solo de bienes *comunales* ó de pueblos. 582 Holandes, 434 Sardo, 467 Napolitano.

El Derecho Romano llama á estas cosas *universitatis*, comprendiendo solo las de uso comun á todos los de un pueblo ó ciudad, párrafo 6, título 1, libro 2, Instituciones; y lo copia la ley 9, título 28, Partida 3: nuestro artículo es mas general, pues prescinde de que el uso ó aprovechamiento sea comun, y mira únicamente á la propiedad ó pertenencia.

ARTICULO 388.

La administracion y enagenacion de los bienes que pertenecen al Estado, á una provincia ó á un pueblo, se rigen por leyes especiales; pero están sujetos á prescripcion segun lo determinado en el título XXIV, libro III.

La segunda parte es tambien la segunda del artículo 537 Frances, 341 de Vaud, 462 Napolitano, 476 de la Luisiana y 437 Sardo.

La segunda parte tiene por objeto declarar tácitamente sujetos á las mismas reglas de prescripcion los bienes del Estado, provincias ó pueblos que los de los particulares: entiéndase de los bienes susceptibles de propiedad privada. En este caso la prescripcion no queda comprendida, como lo está generalmente en derecho, bajo la palabra *enagenacion.* El artículo 11 de la ley de 16 de Mayo de 1835 consagraba igualmente el saludable principio de la prescripcion contra el Estado.

ARTICULO 389.

Se gobiernan igualmente por leyes y reglamentos especiales:

1.° *El derecho de caza y pesca.*

2.° *El derecho sobre los efectos arrojados por la mar, sobre los echados á ella, y sobre las plantas y yerbas que se crian en las costas.*

3.° *La propiedad y uso de las minas.*

Número 1. Conforme con el 715 Frances: corresponde en parte á las ordenanzas de matriculas de 1802, y en parte al Real Decreto de 3 de Mayo de 1834.

Número 2. Conforme con el 717 Frances: la ley de 16 de Mayo de 1835 arregla el uso de este derecho en los números 2 y 3 del artículo 2 y en el artículo 7.

Número 3. Conforme con el número 3 del articulo 1 de dicha ley de 1835.

ARTICULO 390.

Las cosas que son propiedad de los particulares, individual ó colectivamente, se rigen por las disposiciones de este Código.

Aqui comienza el verdadero objeto del Código civil en cuanto á las cosas: *de rebus singulorum*, párrafo 11, título 1, libro 2, Instituciones. Toda la propiedad ó patrimonio privado se compone de derechos reales y personales: vé los artículos 1026, 1027 y 1028.

TITULO II.

DE LA PROPIEDAD.

«Propiedad es el señorío de la cosa.» Ley 10, título 33; Partida 7: es, pues, sinónima de dominio, y asi se usa en el artículo anterior.

CAPITULO PRIMERO.

De la propiedad en general.

ARTICULO 391.

La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin mas limitaciones que las que previenen las leyes ó reglamentos.

544 Frances, 439 Sardo, 345 de Vaud, 625 Holandes y 354 Austriaco.

«*Dominium est jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur. Unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat.*» Ley 21, título 35, libro 4 del Código. «Poder que ome ha en su cosa de fazer della ó en ella lo que quisiere, segun Dios é segun fuero.» Ley 1, título 28, Partida 3.

Toda legislacion bien ordenada debe arreglar el ejercicio del derecho de propiedad, como arregla el de todos los otros derechos: ella que los protege, y, propiamente hablando, los crea, debe tambien señalarles justos límites, combinándolos con el bien comun, que es el objeto y suprema ley de la sociedad: se debe ser libre con las leyes, y no contra ellas.

De aquí nace la espropiacion por utilidad pública; segun el artículo siguiente, la obligacion de reparar ó demoler un edificio ruinoso, de edificar en esta ú otra forma, segun los reglamentos de policía urbana, y todas las demas restricciones puestas al ejercicio del derecho de propiedad en consideracion al bien público: vé el artículo 462 del Código penal.

La definicion del artículo corresponde al dominio pleno ó propiedad *no modificada*; es decir, al derecho de gozar y de disponer libre y totalmente de la cosa. Cuando asi no suceda por haberse constituido usufructo ó servidumbre real, la propiedad se halla modificada ó disminuida; *sunt prædia ipsa qualiter se habentia.*

Los intérpretes ponen dos especies de dominio menos pleno, la *enfitéusis y la superficie*, y lo dividen en *directo y útil*: llaman señor directo, al que dió la finca en enfitéusis ó el suelo para edificar, con la reserva de ciertos derechos; señor útil al enfiteuta, ó al que recibió el suelo y edificó. Este lenguaje, usado en nuestras leyes, se conserva en el capítulo 4, título 10, libro 3.

ARTICULO 392.

Ninguno será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad comun, prévia la correspondiente indemnizacion.

545 Frances, 441 Sardo, 346 de Vaud, 544 Holandes al fin, y 489 de la Luisiana.

Es el artículo 10 de la Constitucion del Estado, que estaba ya consignado espresamente en las leyes 2, título 1, Partida 2, y 31, título 18, Partida 3, mucho mas claras que las 11 y 14, título 38, libro 4 del Código.

La ley de 17 de julio de 1836 ha regularizado la aplicacion de este artículo.

Los motivos de este artículo coinciden con los espuestos en el anterior.

Para que el Estado pueda hacer uso del derecho de este artículo, no se requiere la absoluta y rigurosa necesidad del artículo 306 respecto de un particular, y bastarán motivos graves de utilidad pública, porque se debe racionalmente presumir que todo el que vive en una sociedad civil, ha querido obligarse á hacer posible, por algun sacrificio personal, lo que es útil á todos. Pero, bien se trate de necesidad ó utilidad, siempre queda en pié el principio de la prévia indemnizacion, pues que todos los españoles deben contribuir, en proporcion de sus haberes, para los gastos del Estado.

De su propiedad. Aquí se toma esta palabra por la cosa misma sobre la que tiene el derecho de propiedad; en el artículo anterior se toma por el derecho ó dominio.

ARTICULO 393.

Las producciones del talento ó del ingenio son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales.

La ley de 10 de junio de 1847 ha desenvuelto el espíritu y determinado la aplicacion de este artículo en sentido harto favorable á los autores; aquí no se hizo ni podia hacerse mas que reconocerles, aunque de paso, el derecho de propiedad.

ARTICULO 394.

El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella; podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones ó escavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título V de este libro, y con sujecion á lo dispuesto en la legislacion especial de Minas y en los reglamentos de policía.

552 Frances, 477 Napolitano, 458 Sardo, 352 de Vaud, 626 Holandes y 497 de la Luisiana.

La propiedad seria imperfecta, si el propietario no pudiera aprovecharse de todas las partes esteriores é interiores del suelo ó finca que le pertenece, y si no fuera dueño de todo el espacio que se encierra en ella: podrá, pues, edificar ó hacer escavaciones hasta el punto que bien le plazca.

Pero, aunque en general la libertad dejada al cultivador ó propietario produzca grandes bienes y pequeños males, el derecho de propiedad, segun su misma definicion, está modificado por las leyes y regla-

mentos en consideracion al bien público: vé el artículo 591 y lo en él espuesto.

Título 5: es el de las servidumbres; bien provengan de la ley ó de la voluntad de las partes: vé el capítulo 2 de dicho título: debemos respetar los derechos de otros para que sean respetados los nuestros.

Minas: vé el número 5 del artículo 389.

ARTICULO 395.

El tesoro oculto no se considera fruto, y pertenece al que lo descubre en sitio de su propiedad.

Si el sitio fuere propio del Estado, de alguna corporacion ó persona particular, se aplicarán las tres cuartas partes del tesoro al descubridor, y la restante al propietario del sitio.

Cuando los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias ó las artes, se aplicarán al Estado por su justo precio, el cual se distribuirá segun lo determinado en el párrafo anterior.

Se entiende por tesoro, para los efectos de este artículo, el depósito oculto de dinero, alhajas ú otros efectos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste.

Para que el descubridor de un tesoro, en suelo ageno, goce del derecho que va declarado, es indispensable que el descubrimiento sea casual.

716 Frances, que en el segundo caso atribuye la mitad al descubridor y la otra mitad al propietario: 642 Holandes, 656 Napolitano, 685 Sardo y 506 de Vaud.

El Código Frances y demas modernos están conformes con el párrafo 39, título 1, libro 2, Instituciones. «*Si quis in alieno loco. non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, et dimidium inventori.*»

«*Thesaurum in hoc argumento nostri appellant pecuniam quæ olim conditas nunc cum reperitur, á quo condita aut cujus sit, ignoratur.*» Ley 31, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto, y la única del título 15, libro 10 del Código.

La ley 45, título 28, Partida 3, copió el Derecho Romano; derogada en beneficio del Fisco por una ley recopilada, fué restablecida en el artículo 1 de la ley de 16 de mayo de 1835.

En los casos de este artículo el propietario viene á adquirir por derecho de accesion, pues, aunque el tesoro no se reputa fruto de la finca, segun el artículo, y por esta razon el usufrutuario no tendrá mas que la mitad del que él mismo descubra en la finca usufructuada, no puede negarse que es un beneficio ó provecho contenido en la finca y debe seguir su suerte.

El descubridor viene á adquirir por derecho de ocupacion, en cuanto se reputa que el tesoro es *nullius* por no constar su legítima pertenencia.

La verdad es, que los dos adquieren por una disposicion especial de la ley, que ha querido distribuir con equidad y liberalidad este favor inesperado de la fortuna.

Tres cuartas partes, etc. Nuestro artículo es mas liberal con el descubridor, porque parece haber sido mas favorecido por la fortuna.

Fueren interesantes, etc.: por lo dispuesto en el artículo 392, pues se atraviesan motivos de utilidad pública. A mas de que la adquisicion procede aquí de un favor especial de la ley que habria podido adjudicar el tesoro, como *res nullius*, por entero al Estado, y el particular generalmente ganará mas percibiendo su justo precio.

Se entiende por tesoro. Ha de estar oculto ó escondido, pues de otro modo se reputaria una cosa perdida ó mostrenco, de que se trata en el número 4 del artículo 386, y no un tesoro.

Pero no tengo por necesario que aparezca ser antiguo por la especie de monedas, alhajas, etc., aunque la ley 31, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto, espresa *vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*; circunstancia que no fué copiada en la ley 45 de Partida, ni lo ha sido en ningun Código moderno.

Lo esencial es que esté oculto y que no conste de su dueño: *sic enim fit ejus qui invenit, quod alterius non sit:* la antigüedad será una grave presuncion de lo segundo, que en todo caso cederá á la prueba en contrario, aun por testigos.

Casual: por ejemplo, arando, cabando, demoliendo sin este intento, *non data ad hoc opera*, non lo buscando á sabiendas (leyes citadas): de lo contrario se autorizarian las usurpaciones y aun el hurto. Pero esto no se entiende con el dueño de la finca, el cual hará enteramente suyo el tesoro, ora lo busque, ora lo encuentre por casualidad.

De estos depósitos ú ocultacione durantes las guerras civiles, hace mencion la ley 79, párrafo 1, libro 32 del Digesto: lo mismo ha ocurrido en las nuestras y en la de la *Independencia*, sobre todo en las plazas sitiadas.

CAPITULO II.

Del derecho de accesion.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 396.

La propiedad de los bienes da derecho á todo lo que ellos producen, ó se les une é incorpora natural ó artificialmente.

Este derecho se llama de accesion.

346 Frances, 347 de Vaud, 449 Sardo y 490 de la Luisiana.

Lo accesorio sigue á lo principal; el dueño de la cosa principal viene á serlo de las accesorias: la accesion es uno de los modos de adquirir la propiedad, bien sea *continua*, ó por incorporacion de una cosa agena á la nuestra, bien sea *discreta*, por ser la cosa producto de otra nuestra, aunque existan separadas, como la cria de nuestros animales: esto aparecerá mas claro en los artículos siguientes; pero desde luego se indica en este que la accesion puede ser natural ó industrial; y los autores hacen todavia una tercera especie que llaman mixta.

CAPITULO III.

Del derecho de accesion respecto del producto de los bienes.

ARTICULO 397.

Pertenecen al propietario:

1.° *Los frutos naturales.*

2.° *Los frutos industriales.*

3.° *Los frutos civiles.*

347 Frances, 450 Sardo, 348 de Vaud, 472 Napolitano, 628 Holandes y 491 de la Luisiana.

«*Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde precipi potest, ipsius fructus est.*» Leyes 9 y 51, párrafo 1, título 1, libro 7 del Digesto. «*Prœdiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.*» Ley 36 eodem. «*Mercedes á colonis receptœ loco sunt fructuum item vecturœ navium et jumentorum.*» Leyes 29, título 3, libro 5, y 62, título 1, libro 6 Digesto. «*In pecudum fructu etiam fœtus est, sicuti lac, pilus et lana,*»

párrafo 37, título 1, libro 2, Institutiones: lo mismo se dispone en las leyes 20, 21 y 22, título 31, Partida 3.

Número 3. Por la 23 del mismo título, tomada del Derecho Romano, el parto de la esclava correspondia al dueño de esta por derecho de accesion; pero no se reputaba fruto en cuanto al usufructuario, porque *non seria guisado que aquel para cuyo servicio fueron fallados los frutos de las otras cosas, fuese contado por usufructo de otri*, y asi deberá observarse donde rija la esclavitud; otras razones mas plausibles de esta disposicion pueden verse en Vinio número 5, al párrafo 37, título 1, libro 2, Instituciones.

ARTICULO 398.

Son frutos naturales: las producciones espontáneas de la tierra, las crias y demas productos de los animales.

Son frutos industriales: los que producen las heredades ó fincas de cualquiera especie á beneficio del cultivo ó del trabajo.

Son frutos civiles: los alquileres de los edificios, los precios de los arrendamientos de tierras, y los productos de las rentas perpétuas ó vitalicias ú otros análogos.

583 y 584 Franceses, 558 Holandes, 508 y 509 Napolitanos, 371 y 372 de Vaud, 537 y 538 de la Luisiana.

La division de frutos en naturales é industriales fué tomada de la ley 45, título 1, libro 22 del Digesto; *naturales, qui non ex facto posse soris nascuntur, veluti pomum, silva cœdua*; industriales, *quos operis suis adquisierit veluti serendo*: dicha ley adjudica únicamente los industriales al poseedor de buena fé; la 48, título 1, libro 41, le adjudica tambien los naturales; y esto es lo cierto en Derecho Romano: sin embargo, la ley 39, título 28, Partida 3, adoptó la disposicion de la mencionada ley 45 Romana, poniendo como ejemplos de frutos naturales, «las peras, manzanas, nueces, y otros semejantes, *que han los árboles por sí naturalmente, é sin lavor de ome.*»

Algunos pretenden que no hay frutos tan absoluta y esclusivamente naturales que no requieran algun cuidado y cultivo de parte del hombre; nuestro artículo 429, adoptando la disposicion de la ley 48 Romana, hace inútil esta cuestion, y quita la importancia á la division de naturales é industriales.

Lo mismo se dispone en los artículos 1319 y 1323: por manera que la distincion de nuestro artículo no produce efecto alguno civil en cuanto á la adquisicion de los frutos, y únicamente se ha conservado para mayor claridad por via de doctrina y de respeto tradicional á los Códigos antiguos.

Son frutos civiles: qui non natura, sed jure percipiuntur; los que realmente no nacen de las cosas, cuyos frutos se reputan, pero se perciben lícitamente por el uso de las mismas. «*Usura pecuniæ in fructu non est quia non ex ipso corpore nascitur*; leyes 4, 121, título 16, libro 50: *usuræ vicem fructuum obtinet, et merito non debent á fructibus separari;*» ley 34, título 1, libro 19: vé los artículos 429 y 440.

Los precios de los arrendamientos de tierras. Por Derecho Romano no eran frutos civiles y seguian la suerte de los frutos naturales ó industriales que representaban.

Por esto, si el usufructuario arrendó la heredad sujeta á usufructo y murió antes de que el colono percibiera los frutos, nada correspondia á sus herederos en el precio del arriendo.

Si murió despues de percibidos los frutos por el colono, correspondia todo el precio á los herederos del usufructuario, aunque segun lo estipulado en el arriendo, no hubiera podido él exigirlo cuando murió. Ley 58, título 1, libro 7 del Digesto.

Fundábase esto en que el usufructuario no debia percibir por la circunstancia accidental del arriendo mas ni menos de lo que percibiria disfrutando por sí mismo de la cosa.

Nuestro artículo se halla conforme en esta variacion con el 584 Frances copiado en los otros Códigos: en definitiva, lo que realmente saca el usufructuario arrendador es una cantidad de dinero: esto es lo mas sencillo y equitativo.

ARTICULO 399.

Los frutos que los bienes producen pertenecen al propietario con la obligacion de abonar los gastos hechos por un tercero por su produccion, recoleccion ó conservacion.

548 Frances, 473 Napolitano, 432 Sardo, 349 de Vaud, 631 Holandes y 493 de la Luisiana.

«*Fructus eos esse constat qui, deducta impensa, supererunt.*» Ley 7, título 3, libro 24 del Digesto. «*Hoc fructum nomine continetur quod, justis sumptibus deductis, superest.*» Ley 1, título 31, libro 7 del Código. «Sacando todavía las dispensas que oviesse fecho en razon dellos (los frutos)» dice la ley 39, título 28, Partida 3, aun respecto del poseedor de mala fé, que tiene que restituirlos en especie ó su precio; *quia nullus cassus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.* Ley 51, título 2, libro 10 del Digesto.

Nadie debe enriquecerse á espensas ó con daño de otro; y esto se verificaria percibiendo los frutos sin soportar sus gastos, ó sin pagar los trabajos que los han producido.

Para su produccion, recoleccion o conservacion.

«*Fructus intelliguntur deductis impensis quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt, quod non solum in bonæ fidei possesoribus naturalis ratio ex postulat, verum etiam in prædonibus:: non enim debet petitor ex aliena factura lucrum facere.*» Leyes 36, párrafo 5, y 38, título 3, libro 5 del Digesto.

ARTICULO 400.

No se reputan frutos naturales ó industriales, sino desde que están manifiestos ó nacidos.

Respecto de los animales, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.

La ley 10, título 4, libro 3 del Fuero Real, dispone lo mismo en cuanto á los frutos de los árboles y viñas; «si los frutos paresceu en la heredad.»

Nos apartamos de ella en cuanto á los sembrados; «Si fuere tierra ó fuesse sembrada, magüer que non aparezca el fruto á la sazon de la muerte, pártase.»

Dábase por razon de esta diferencia, que en los árboles, viñas, olivos, etc., obra mas la naturaleza que el trabajo é industria, y al contrario en la tierra que se siembra.

Pero el olivo y la viña ¿no requieren industria y labores preparatorias como los panificados? ¿Sin ellas qué sería de los frutos y aun de los mismos árboles y plantas?

Lo contrario equivaldria á renovar la cuestion de si hay frutos meramente naturales, y renovarla precisamente en los olivos y vides, que requieren tan variada y esquisita cultura: vé lo espuesto á los artículos 398, 429 y 1323.

Respecto de los animales. Aunque la ley del Fuero Real no hablaba de animales, se opinó y practicó lo mismo que dispone nuestro artículo.

En Navarra, con motivo de ser frecuente, y durar año y dia los retractos de sangre, se fijó para la adquisicion de frutos el dia de Nuestra Señora de marzo en los panificados, y el de San Juan de junio en las viñas y olivares; ley 3, título 3, libro 3 de su Recopilacion.

CAPITULO IV.

Del derecho de accesion respecto de los bienes inmuebles.

ARTICULO 401.

Lo edificado, plantado y sembrado en terreno ó fincas agenas, y las mejoras ó reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos, con sujecion á lo que se dispone en los artículos siguientes.

551 Frances, 457 Sardo, 551 de Vaud, 643 Holandes, 476 Napolitano y 496 de la Luisiana.

Este artículo no es en rigor sino una reproduccion, ó, si mas se quiere, consecuencia del 396; pero uno y otro estan desenvueltos y modificados en los articulos siguientes, que respectivamente imponen al propietario la obligacion de abonar lo edificado y demas contenido en este articulo.

ARTICULO 402.

Todas las obras, siembras y plantaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario y á su costa mientras no se pruebe lo contrario.

553 Frances, que salva el derecho de prescripcion á favor de un tercero; 478 Napolitano, 553 de Vaud, 460 Sardo, 655 y 656 Holandeses y 498 de la Luisiana.

La ley presume justamente á favor del propietario, porque «*titulus domini semper clamat,*» y «*rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties ad recipiendam eam actionem habemus.*» Ley 52, título 1, libro 41 del Digesto, y 15 de las reglas de Derecho: lo accesorio se presume siempre de la misma condicion que lo principal.

Por otra parte, es regla general que, al que afirma ó reclama, incumbe la prueba: y aquí el afirmante es el que hizo las obras ó plantaciones.

ARTICULO 403.

El que sembrare, plantare ó edificare en finca propia con semillas, plantas ó materiales agenos, adquiere la propiedad de unas y otros; pero estará obligado á pagar su valor y ademas será condenado á resarcimiento de daños y perjuicios si hubiese procedido de mala fé.

El dueño de las semillas, plantas ó materiales nunca tendrá derecho á pedir se le devuelvan, destruyéndose la obra ó plantacion.

554 Frances, 554 de Vaud, 479 Napolitano, 657 Holandes, 499 de la Luisiana, 461 Sardo que reserva al propietario de los materiales el derecho de llevárselos, si puede hacerlo sin destruir la obra ó sin que perezca la plantacion.

En cuanto á lo edificado está conforme con el párrafo 29, título 1, libro 2, Instituciones, que remontaba á las leyes de las doce Tablas, y con la ley 38, título 28, Partida 3.

En cuanto á la plantacion concuerda con el párrafo 31 de dichos título y libro, y con la 43, título 28, Partida 3.

Pero debe advertirse que en este segundo caso era preciso que la planta hubiese echado raices, pues hasta entonces podia el dueño de ella reclamarla, porque no estando aún incorporada al suelo, no podian reputarse parte y accesion del mismo, y era fácil sacarlas sin perjuicio del suelo ni de las plantas.

Esta disposicion, que favorece el derecho de propiedad en el dueño de las plantas sin perjudicar al del suelo, deberá observarse á pesar del silencio del artículo, porque su espíritu solo tiende á que no se haga mal por mal y sin provecho propio.

El que plantare: ó sembrare, porque la razon es la misma ó mas fuerte, y asi se espresa en el párrafo 32, título 1, libro 2, Instituciones.

O edificare: el motivo en este caso era «*ne ædificia rescindi necesse sit,*» segun el párrafo romano; «por apostura é por nobleza de las cibdades é de las villas,» segun la ley de Partida. Pero uno y otro concedian en este caso al dueño de los materiales accion para reclamar el duplo de su valor, prescindiendo de buena ó mala fé.

Esta accion nunca estuvo en uso entre nosotros; y el artículo es mas conforme á equidad y á los principios generales de derecho, condenando únicamente al pago del valor de los materiales en el caso de buena fé, y añadiendo la responsabilidad de daños y perjuicios en el de mala, ora se trate de plantaciones, ú obras y edificios.

ARTICULO 404.

El dueño del terreno en que se edificare, sembrare ó plantare de buena fé, tendrá derecho á hacer suya la obra, siembra ó plantacion, previa la indemnizacion prescrita en el párrafo segundo del artículo 432, ó de obligar al que fabricó ó plantó á pagarle el precio del terreno, y al que sembró, solamente su renta.

Es diferente del 555 Frances, y mucho mas sencillo y equitativo, como puede verse por su cotejo. Coincide en el fondo con el párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones, y las leyes 41 y 42, título 28, Partida 3,

que niegan toda repeticion al que edificó ó plantó de mala fé en suelo ageno y la conceden al que lo hizo de buena.

El artículo adopta esta diferencia capital y equitativa, desembarazándola de las distinciones injustificables de si el dueño del terreno es ó no muy pobre, si el que edificó ó plantó está ó no en posesion, si han de abonarse los frutos percibidos entretanto; distinciones con que el Derecho Romano y Patrio embrollaron y desnaturalizaron la sencillez y equidad de su pensamiento en lo principal.

¿Por qué han de abonarse en este caso los frutos percibidos con buena fé, no abonándose en ningun otro?

El accidente de poseer ó no el edificante ó plantante, de ser rico ó pobre el dueño del suelo, ¿puede cambiar la justicia en el fondo?

El artículo descansa en la regla de derecho civil ó principio del natural, que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro que ha procedido de buena fé; y la eleccion que en él se da al dueño del terreno salva lo dispuesto por regla general en los artículos 396 y 401.

Prévia la indemnizacion: pretium materiæ et mercedes fabrorum, dice el párrafo 30 citado: «Todas las despensas que oviere fecho de nuevo en la cosa,» la ley 41 de Partida.

ARTICULO 405.

El que edifica ó planta de mala fé en terreno ageno, pierde lo edificado y plantado, sin que tenga derecho á reclamar á el dueño del suelo ninguna indemnizacion.

«*Materiæ dominus propietatem ejus amittit quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare;*» párrafo 30, título 1, libro 2, Instituciones. «Qual ome quier que labrasse edificio ó sembrasse en heredad agena, aviendo mala fé:: pierde todo quanto y labró ó sembró,» Ley 42, título 28, Partida 3, y solo concede la deduccion de los gastos hechos por razon de los frutos que deben restituirse en especie ó en dinero: la 43 del mismo título exige para el caso de este artículo que las plantas ó árboles hayan echado raices: nuestro artículo no lo exige: basta haber plantado de mala fé en suelo ageno: vé el artículo 399.

ARTICULO 406.

El dueño del terreno en que se haya edificado con mala fé, podrá pedir la demolicion de la obra y la reposicion de las cosas á su estado primitivo á costa del edificante.

Lo edificado con mala fé puede no ser provechoso al dueño del ter-

reno, y en tal caso viene á ser ineficaz la disposicion del artículo anterior.

Por esto se deja al dueño la facultad de pedir la demolicion y la reposicion de las cosas al estado anterior; todo lo que deberá hacerse á espensas del que edificó: algo parecido á esto hay en el artículo 1008.

ARTICULO 407.

Cuando haya habido mala fé, no solo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ageno, sino por parte del dueño, se entenderá compensada esta circunstancia y se arreglarán los derechos de uno y otro conforme á lo resuelto para el caso de haber procedido de buena fé.

Se entiende haber mala fé por parte del dueño siempre que el edificio, siembra ó plantacion se hiciere á vista, ciencia y paciencia del mismo sin oponerse.

«*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.*» Ley 36, título 3, libro 4 del Digesto y la 154 de las reglas de derecho. El dolo del uno se compensa con el dolo del otro; ninguno de los dos puede echárselo en cara; y en igualdad de circunstancias es siempre de peor condicion el que aspira á enriquecerse con daño de otro. «*Cum par est delictum duorum, semper oneratur petitor;*» regla 154 citada, y las 55, 74, 90 y 145.

A vista y paciencia del mismo: «*Dolo enim feci qui passus sum, eum ædificare, et non reddo impensas.*» Ley 5, párrafo 2, título 4, libro 44 del Digesto: «*nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt:*» La 145 de las reglas de Derecho Romano, y 23, título 34, Partida 7: al que sabe y consiente no se le hace injuria; pero el que edificó ó plantó deberá probar la ciencia.

ARTICULO 408.

Si los materiales, plantas ó semillas pertenecen á un tercero que no ha procedido de mala fé, el dueño del terreno deberá responder á este de su valor subsidiariamente y en el solo caso de que el que los empleó no tenga bienes con qué hacerlo.

No tendrá lugar esta disposicion si el propietario usa del derecho que le concede el artículo 406.

La culpa ó mala fé de uno no debe dañar á otro que no tuvo parte, y ademas no es justo que el dueño del suelo se enriquezca á espensas de un tercero dueño de los materiales é inocente. El responsable en primera línea al dueño de los materiales será siempre el que los empleó de mala fé: el dueño del suelo responderá en subsidio si quiere re-

tener lo edificado; y cesará aun esta responsabilidad subsidiaria, si usa de la facultad del artículo 406, puesto que en tal caso no se enriquece.

ARTICULO 409.

Pertenece á los dueños de las heredades confinantes con las riberas de los rios el acrecentamiento que reciben paulatina ó insensiblemente por efecto de la corriente de las aguas.

556 Frances, 481 Napolitano, 556 de Vaud, 465 Sardo, 651 Holandes y 501 de la Luisiana.

« *Quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur,*» párrafo 20, título 1, libro 2, Instituciones, y ley 7, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto, con los que está conforme la ley 26, título 28, Partida 3.

Fúndase este artículo en la máxima de derecho natural trasladada á la 10 de *regulis juris* y á la 29, título 34, Partida 7. *Secundum naturam est. commoda cujusque rei eum sequi, quem secuntur incommoda.*» Las fincas riberiegas están mas amenazadas y espuestas á los estragos de las aguas. Existe, pues, por decirlo así, una especie de contrato aleatorio entre los propietarios de aquellas heredades y la naturaleza, cuya marcha puede de un momento á otro destruir ó acrecentar las heredades.

Ademas, como el aluvion por su misma naturaleza ha de ser lento, succesivo é imperceptible, no puede saberse cuánto, cuándo y á quién se ha quitado lo que el aluvion agrega.

Y, como estos carácteres no varian porque el aluvion se forme lentamente debajo del agua y aparezca ya formado por retirarse aquella, la aplicacion del artículo será la misma en este caso.

El aluvion que se forme junto al paso, distancia ó camino de que se trata en el artículo 506, y que puede tambien tomarse segun el número 4 del 586, aprovecha igualmente al propietario de la finca de la que ha sido tomado el paso ó camino, porque este se considera aún como parte de la misma finca, sujeta á la tal servidumbre.

Pero si se formase junto á un camino vecinal y de propiedad comun aprovechará á la comunidad como propietaria del camino, y obligado á conservarlo y repararlo.

Aluvion, segun el Diccionario de la lengua, es «venida fuerte de agua:» traslado á la Academia.

ARTICULO 410.

Los dueños de heredades confinantes con lagunas ó estanques no adquieren el terreno descubierto por la diminucion natural de las aguas, ni pierden el que estas inundan en las crecidas estraordinarias.

558 Frances, 467 Sardo, 505 de la Luisiana, 483 Napolitano y 655 Holandes.

«*Lacus et stagna, licet interdum crescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent, ideoque in his jus alluvionis non agnoscitur.*» Ley 12 al principio, título 1, libro 41 del Digesto.

Los lagos y estanques no son aguas corrientes susceptibles de estenderse por un lado y retirarse por otro.

Si el volúmen del agua llega á disminuirse, será por la sequia ó por una pérdida estraordinaria de agua, que provenga de alguna causa local y accidental: si se aumenta considerablemente, será efecto de lluvias estraordinarias: pero luego recobran sus límites naturales. Poa esto, ni en el primer caso pierde el dueño del estanque la propiedad de lo que el agua deja en descubierto, ni en el segundo adquiere la de lo cubierto por la misma.

ARTICULO 411.

Cuando la corriente de un rio arranca los árboles ó una porcion conocida de terreno de sus riberas y los arroja á las heredades inferiores, el dueño conserva la propiedad si la reclama dentro de un año.

559 Frances, 358 de Vaud, 484 Napolitano, 468 Sardo, 504 de la Luisiana: el 654 Holandes estiende el término á tres años; los demas le reducen á uno, á menos que el propietario de la heredad á la que se ha unido la parte arrancada, no haya tomado posesion de esta, porque en tal caso da á entender que sigue reconociendo la propiedad del otro, y ni aun puede prescribir por falta de posesion.

El artículo no admite esta escepcion por evitar pleitos, y porque demandas parecidas á esta, como la de despojo, deben instaurarse dentro de un año.

«*Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, et vicini prædio attulerit palam est tuam esse. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse;*» párrafo 21, título 1, libro 2, Instituciones, y ley 7, párrafo 2,

título 1, libro 41 del Digesto: lo mismo dispone la ley 26, título 28, Partida 3, pero con la chocante obligacion de abonar al dueño de los árboles el menoscabo.

Se ve, pues, que en el Derecho Romano y Patrio, no se miró al tiempo y sí solo al arraigo de los árboles, ó la cohesion de las tierras; pero uno y otro tiene que suceder dentro del año señalado en el artículo, y en el tiempo no puede caber duda.

ARTICULO 412.

Cuando un rio varia su curso, los dueños de los campos ó heredades nuevamente cubiertas por las aguas, adquieren el terreno que ocupaba el antiguo álveo, cada uno en proporcion á lo que ha perdido en la variacion de la corriente.

563 Frances, 510 de la Luisiana, 488 Napolitano, 647 Holandes, 562 de Vaud, y 475 Sardo, el cual añade: «Si indemnizados estos propietarios (de las heredades nuevamente ocupadas) queda todavia alguna parte del terreno, pertenecerá á los propietarios riberiegos del álveo abandonado.»

Segun el párrafo 21, título 1, libro 2, Instituciones, del que fué tomada la ley 31, título 28, Partida 3, el álveo abandonado se hacia de los propietarios de las heredades riberiegas confinantes al mismo; de que resultaba que los verdaderamente perjudicados no percibian nada. La disposicion del artículo es mas equitativa; pues por ella se indemniza á los perjudicados.

Aunque en el artículo 386 se ha declarado pertenecer al Estado el alveo de los rios, es en cuanto sin el álveo no puede usarse de estos. Por lo mismo deja de ser público el álveo abandonado, y comienza á serlo el nuevamente ocupado.

ARTICULO 413.

Las islas que se forman en los mares adyacentes á las costas de España pertenecen al Estado, y nadie puede adquirir propiedad sobre ellas, sino en virtud de concesion del Gobierno ó por prescripcion.

Esta disposicion es aplicable á los rios navegables y aun á los flotables, que son aquellos en que se navega por sirga ó balsas.

560 Frances, 485 Napolitano, 469 Sardo, y 506 de la Luisiana. El 652 Holandes adopta la disposicion Romana.

Segun el testo 22, título 1, libro 2, Instituciones; la isla nacida ó formada nuevamente en la mar se hace del que primero la ocupa, *nullius enim esse creditur*: de la formada en los rios, aunque sean nave-

gables ó flotables, se establece lo mismo que en nuestro artículo siguiente 414, «*Tantum veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum* (los dueños de los predios fronterizos) *in ea habebit certis regionibus.*» Ley 29, título 1, libro 41 del Digesto.

Declarado propiedad del Estado el álveo de los rios mientras está ocupado por las aguas, parece consecuencia indeclinable que pertenezcan tambien al Estado las islas formadas en ellos. Sin embargo, la consecuencia no alcanza sino á los navegables ó flotables, porque el uso de estos es de mayor interés público, y sus islas pueden y suelen ser de mayor estension é importancia.

O por prescripcion: porque esta corre tambien contra el Estado: artículo 388.

ARTICULO 414.

Las islas que se forman en los demas rios pertenecen á los propietarios de ambas riberas, proporcionalmente á la estension del frente de cada heredad á lo largo del rio, tirando una línea divisoria por medio del álveo.

561 Frances, 486 Napolitano, 470 Sardo, 507 de la Luisiana, 560 de Vaud y 644 Holandes: vé lo espuesto en el artículo anterior. Pero de todos modos, aun cuando por las leyes se considerara el álveo de esta especie de rios como propiedad de los dueños de las heredades colindantes, no podria ninguno de ellos hacer en la parte que se supone pertenecerle alguna obra, un dique, por ejemplo, cuyo efecto fuese estrechar el álveo y hacer mas rápida la corriente del agua, porque esta propiedad estaria siempre gravada con la servidumbre natural que se deriva de la situacion misma de los lugares, y con arreglo al artículo 484 no puede hacerse mas onerosa á los otros propietarios riberiegos.

ARTICULO 415.

Cuando la corriente de los rios se divide en dos brazos ó ramales, dejando aislada una heredad ó parte de ellas, el dueño no pierde su propiedad.

562 Frances, 645 Holandes, 487 Napolitano, 561 de Vaud, 472 Sardo y 509 de la Luisiana.

«*Quod si aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in forman insulæ redegerit, ejusdem permanet his ager, cujus et fuerat.*» Ley 7, párrafo 4, título 1, libro 41 del Digesto, y párrafo 22, título 1, libro 2, Instituciones, con los que está conforme la 28, título 28, Partida 3.

Bastante desgraciado es el propietario con ver inundada una parte

de su heredad y el resto de ella convertido en isla. La ley no quiere agravar su desgracia, añadiendo afliccion al afligido: por otra parte, no es una nueva isla la que el adquiere, y solo conserva el resto de su heredad hasta entonces continental: queda, pues, justificada esta escepcion de los dos artículos anteriores.

CAPITULO V.

Del derecho de accesion respecto de los bienes muebles.

ARTICULO 416.

Cuando dos cosas muebles, pertenecientes á distintos dueños, se unen de tal manera que vienen á formar una sola, sin que intervenga mala fé, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño.

566 Frances, aun en el caso de ser separables las cosas, porque la separacion envuelve casi siempre menoscabo de la una ó de las dos: 491 Napolitano, 477 Sardo, 513 de la Luisiana: el Código Holande trata muy lacónicamente la materia de este capítulo en sus artículos 661 al 664 inclusive.

Si quis rei suæ alienam rem ita adjecit, ut pars ejus fieret, velut si quis statuæ suæ brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scipho ansam, vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum.» Leyes 23, párrafo 2, título 1, libro 6, y 26, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto. La ley 33, título 28, Partida 3, dispone lo mismo, menos cuando la union de las dos cosas se ha hecho con diversa materia, por ejemplo, una mano de oro se ha unido á una estatua de oro con plomo: en tal caso cada cual retiene su propiedad.

El artículo 565 Frances, que es el primero en la materia de este capítulo, pone por regla general que se halla subordinada á los principios de la equidad natural; y añade que las reglas de los artículos siguientes servirán al juez de ejemplo para determinar los casos no previstos.

El pensamiento del artículo Frances encierra tanta verdad como utilidad: esta materia es en Derecho Romano y en nuestras Partidas tan casuística, sutil y minuciosa, que mas que claridad, arroja confusion.

Un autor respetable sienta la máxima *que la cosa debe ser de aquel á quien se seguiria mayor daño de que asi no se hiciese*: la Comision

se ha guiado por esta máxima; con ella, y distinguiendo claramente y castigando los casos de mala fé, segun se ha hecho en el capítulo anterior, cree haber restituido esta materia á la sencillez y claridad posibles, arreglándola á los principios de equidad natural.

El caso del artículo es la *adjuntio* Romana que podia verificarse por la inclusion, adferraminacion, intextura, escritura y pintura. El artículo prescinde de todos estos modos ó medios; y, supuesta la buena fé, deja en su fuerza la regla general de derecho; *lo accesorio sigue á lo principal.* Pero como nadie debe enriquecerse con detrimento de otro, el dueño de la cosa principal debe indemnizar al de la cosa accesoria: los artículos siguientes ilustran y modifican esta disposicion general.

ARTICULO 417.

Se reputa principal entre dos cosas incorporadas aquella á que se ha unido otra por adorno ó para su uso ó perfeccion.

567 Frances, 492 Napolitano, 478 Sardo y 514 de la Luisiana.

«*Cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur; ut accesio cedat principali; cedent igitur gemmæ phialis, vel lancibus, incluso auro argentove.*» Ley 19, párrafo 13, título 2, libro 34 del Digesto, y párrafos 26 y 33, título 1, libro 2, Instituciones. Vé la ley Romana citada en el artículo anterior.

ARTICULO 418.

Si de dos cosas incorporadas una á otra no puede determinarse cuál sea la principal por la regla del artículo precedente, se reputará principal el objeto de mas valor; y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volúmen.

En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografiados, se estima por accesorio la tabla, el metal, la piedra ó lienzo, el papel ó pergamino.

El primer párrafo es el 569 Frances, 480 Sardo, 494 Napolitano y 516 de la Luisiana.

«*Proportione rei æstimandum, vel pro prætio cujusque partis.*» Ley 27, párrafo 2, título 1, libro 41 del Digesto: la 27, párrafo 2 del mismo título, supone el caso rarísimo y casi imposible de ser iguales las cosas en el valor y volúmen, y dice: *suam cujusque remanere.*

El segundo párrafo es el 571 Frances, 518 de la Luisiana, 481 Sardo y 496 Napolitano: «*Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasi in accesionem vilisimæ tabulæ cedere.*» Párrafo 34, título 1, libro 2, *Institutiones*, y 37, título 28, Partida 3.

En la pintura, etc. Los Romanos limitaban esta escepcion á la pin-

tura por la escelencia del arte y el grande aprecio en que la tenian; la razon es igual en todos los casos que enumera el artículo: y los Códigos estranjeros citados disponen lo mismo en términos mas generales sin descender á ejemplos.

ARTICULO 419.

Cuando las cosas unidas pueden separarse sin detrimento y subsistir independientemente, los dueños respectivos pueden exigir la separacion.

Sin embargo, cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento ó perfeccion de otra, es por su especie mucho mas preciosa que la cosa principal, el dueño puede pedir su separacion, aunque no pueda verificarse sin algun detrimento de la cosa á que se incorpora.

Su primer párrafo es contrario al 566 Frances; vé nuestro artículo 58; pero concuerda con el 363 de Vaud, y con la ley 35, titulo 28, Partida 3, tomada de la 23, párrafo 5, título 1, libro 6 del Digesto, aunque no tan clara como la de Partida. «*Ferruminatio per eamdem materiam, facit confusionem; plumbatura non item:: Si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi:: Non idem in eo quod ad plumbatum sit.*»

Ferruminacion: era la union de dos cosas con la misma materia; un brazo de oro, unido con oro á una estátua de oro, es el ejemplo de las leyes: el brazo seguirá á la estátua, porque no puede separarse sin detrimento ó cómodamente.

Pero será lo contrario y por la razon contraria si se unió con plomo, y este puede ser uno de los casos de este artículo, aunque concebido en términos generales.

La consideracion de equidad y conveniencia, en que se funda el artículo 416 contra la máxima tutelar de la propiedad, «*Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest,*» 11 de *regulis juris*, 2, título 34, Partida 7, no milita en los casos de este artículo; el segundo es conforme al 568 Frances, 515 de la Luisiana, 495 Napolitano, 479 Sardo.

Este párrafo segundo contiene otra escepcion algo mas fuerte á lo dispuesto en el artículo 416. El propietario de lo accesorio, mas precioso que la cosa principal, sufriria demasiado con la aplicacion rigorosa del principio general sentado en el artículo 416 para que la ley se desentienda de socorrerle; y por lo tanto le autoriza para pedir la restitucion de su cosa incorporada á la principal de otro, aunque esta haya de recibir algun detrimento. La ley no quiere que el propietario de un objeto importante pueda ser privado de él por efecto de una incorporacion hecha sin noticia suya: él no debe ser víctima de lo que no ha podido evitar.

ARTICULO 420.

Cuando el dueño de la cosa accesoria sea el que haya hecho la incorporacion, la pierde si ha procedido de mala fé, y estará ademas obligado á indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que se le hayan seguido de la incorporacion.

Si es el dueño de la principal el que ha procedido de mala fé, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho á que aquel le pague su valor y le indemnice de los daños y perjuicios, ó á que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya de destruirse la principal.

Si la incorporacion se hace por cualquiera de los dueños, á vista, ciencia y paciencia del otro, y sin que este se oponga, los derechos respectivos se arreglarán conforme á lo establecido en los artículos 416, 417 y 418, para el caso de haberse hecho la incorporacion de buena fé.

El 577 Frances declara responsable de los daños y perjuicios al que á sabiendas usó de la materia agena, sin perjuicio de la via criminal segun las circunstancias; y aunque el artículo parece referirse al caso de *especificacion*, las razones son las mismas en este de *adjuncion* ó incorporacion, como lo son en los casos de los artículos 403, 405 y 406. Siguen al artículo Frances el 502 Napolitano, 487 Sardo y 524 de la Luisiana.

Hablando de los medios de *adjuncion* ó incorporacion por la *intestura y pintura*, se dice en los párrafos 26 y 34, título 1, libro 2, Instituciones. «*Adversus eum qui surripuit* (la púrpura ó las tablas) *competit furti actio*;» y se repite en la ley 37, título 28, Partida 3; segun la 35 del mismo título, el que ayuntó de mala fé á vaso ageno el pié del suyo pierde el señorío del pié de su vaso, aunque la soldadura sea hecha con plomo, porque se presume que lo quiso dar al otro.

Es, pues, forzoso reconocer que ni en el Derecho Romano y Patrio, ni en los Códigos modernos, se halla la espresion y claridad que en nuestro artículo sobre los efectos de la mala fé en los casos de *adjuncion* ó incorporacion de que se viene tratando desde el artículo 416.

Cuando el dueño de la cosa accesoria, etc.: porque se presume *juris et de jure*, en odio y castigo de la mala fé, *que la quiso dar al otro*; en esto y en la ulterior responsabilidad á los daños y perjuicios se guarda consecuencia con lo dispuesto en los artículos 403, 405 y 406, para casos casi idénticos.

Si es el dueño de la principal, etc.: aquí se añade á lo dispuesto en el artículo 403 la separacion de la cosa accesoria, porque no se ocasionan al ornato público y agricultura los inconvenientes que se ocasionarian de permitirse en aquel.

A vista, ciencia y paciencia del otro, etc.: es una reproduccion del artículo 407, por iguales motivos: vé lo allí espuesto.

ARTICULO 421.

Siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho á indemnizacion, puede exigir que esta consista en la entrega de una cosa igual en especie, valor y en todas sus circunstancias á la empleada; ó bien en el precio de ella segun tasacion pericial.

Conforme con el 576 Frances, 523 de la Luisiana, 501 Napolitano, y 486 Sardo.

Nada mas justo que la disposicion de este artículo.

Desde que el propietario no ha consentido en el empleo que se ha hecho de su materia, no puede ser obligado á tomarla tal como se halla por consecuencia del empleo.

El otro propietario contrajo para con él la deuda ú obligacion de reemplazar la materia desde que la empleó; y si el dueño de esta encuentra que el justo reemplazo consiste mas bien en el abono de su valor, que en la entrega de otra cosa parecida y que puede no reunir todas las calidades necesarias para equivaler completamente á la suya, es muy natural que tenga derecho á exigir el precio.

ARTICULO 422.

Si por la voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual ó diferente especie, ó si esto sucede por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas.

573 Frances, 498 Napolitano, 483 Sardo y 520 de la Luisiana.

«*Si duorum materiæ ex voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua cofunderint:: si fortuito casu, idem juris esse placuit.*» Párrafo 27, título 1, libro 2, Instituciones. «*Si frumentum duorum, non voluntate eorum confussum sit, competit singulis in rem actio, in id in quamtum patet, in illo acervo suum cujusque esse. Quod si voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur; et erit communi dividundo actio,*» ley 5, título 1, libro 6 del Digesto; tanto el párrafo 27, como la ley 5, dispone lo mismo para el caso que de la confusion ó comistion voluntarias ó casuales resultare una nueva especie, como de vino y miel *mulsum*: la ley 34, título 28, Partida 3, está to-

davia mas clara, y puede decirse que nuestro artículo no es mas que un epítome de ella.

Llámase mas propiamente *confusion* la mezcla de líquidos ó licuefactos, y *comistion* la de cosas secas ó áridas como granos. En el caso de mezcla voluntaria la comunion es contractual: cuando la mezcla fué obra del acaso, solo hay comunion si no es posible sin detrimento la separacion, como acontece siempre en los líquidos; las cosas mezcladas casualmente por la fusion ó derretimiento, no se hacen comunes, siendo de diversa especie, porque pueden separarse por el fuego: «así como si se mezclase el oro de un ome con la plata ó con el estaño ó con el plomo de otro.» Leyes 34, título 28, Partida 3, y 12, párrafo 21, título 1, libro 41, del Digesto. «*Cum diversæ materiæ æs atque argentum sit, ab artificibus separari:: solet.*»

La mezcla de las cosas áridas ó secas viene en último análisis á surtir iguales efectos que la de los líquidos, á pesar de las sutilezas del párrafo 28, título 1, libro 2, Instituciones.

Un derecho proporcional, etc. Erit nobis commune, et unusquisque prorata ponderis, quod in massa habemus vindicabimus.» Ley 3, párrafo 2, título 1, libro 6 del Digesto, y la citada 34 de Partida.

ARTICULO 423.

Si por la voluntad de uno solo, pero con buena fé, se mezclan ó confunden dos cosas de igual ó diferente especie, los derechos de los propietarios se arreglarán por lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el que hizo la mezcla ó confusion obró de mala fé, pierde la cosa mezclada ó confundida de su pertenencia, ademas de quedar obligado á la indemnizacion de los perjuicios causados al dueño de las cosas con que hizo la mezcla.

De igual ó diferente especie: entiéndese si en este segundo caso las cosas no son separables sin detrimento; porque si lo son, como en los ejemplos de las leyes de Partida y Romanas que acabo de citar, se hará la separacion y cada cual recobrará su cosa.

Obró de mala fé: guarda consecuencia con lo dispuesto en el artículo 420 y los citados en su comentario; vélo: aquí las cosas son igualmente principales, pero los motivos son los mismos.

ARTICULO 424.

El que de buena fé empleó materia agena en todo ó en parte para formar una cosa de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando su valor al dueño de la materia empleada.

Si esta es mas preciosa que la obra en que se empleó, ó superior en valor, el dueño de ella tendrá la eleccion de quedarse con la nueva especie, prévia indemnizacion del valor de la obra, ó de pedir indemnizacion de la materia.

Si la especificacion se hizo con mala fé, el dueño de la materia empleada tiene el derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, ó de exigir de este que le indemnice del valor de la materia y de los perjuicios que se le hayan seguido.

Los artículos 570 y 571 Franceses disponen lo contrario, á saber: que el dueño de la materia puede reclamar la nueva especie, indemnizando al otro el valor de su trabajo, á no ser que este sea muy superior al valor de la materia, en cuyo caso la nueva especie es atraida por el trabajo, indemnizándose el valor de la materia á su dueño; lo mismo se dispone en los 495 y 496 Napolitanos, 481 y 482 Sardos, 517 y 518 de la Luisiana; el 661 Holandes se acerca mas al nuestro. «El que ha empleado materia agena en formar una cosa de una nueva especie, puede apropiársela pagando el precio de la materia y los gastos, daños é intereses, si ha lugar á ello:» lo primero parece referirse al caso de buena fé; lo segundo al de mala.

El artículo trata de la *especificácion* ó formacion de una nueva especie con materia agena. Segun el párrafo 25, título 1, libro 2, Instituciones, «Si la nueva especie *ad priorem et rudem materiam reduci possit*, el dueño de la materia lo era de la nueva especie; *si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit*:: y se colocan en esta categoria los casos de hacerse vino ó aceite con uvas ú olivas agenas, y hasta el de sacar el trigo de espigas que sean de otro: «*Si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis:: dubitandum non est eum esse dominum qui fecerit.*» Tal fué el temperamento ó término medio adoptado por Justiniano entre las encontradas escuelas de los jurisconsultos Sabino y Próculo; aquel preferia siempre al dueño de la materia; este al de la forma ó hacedor de la nueva especie; lo mismo se lee en las leyes 32 y 33, título 28, Partida 3.

Nuestro artículo prescinde de casos, y su disposicion general es conforme á la máxima de que he hecho mérito en el artículo 416: «la cosa debe ser de aquel á quien se seguiria mayor daño de que así no se hiciese:» máxima en que descansa el párrafo 2 del artículo 418.

Lo regular es que el trabajo é industria valgan mas que la materia: así, la nueva especie seguirá al trabajo; pero esta regla que parece general, dejará de serlo en todos los casos prácticos, y solo surtirá el efecto de cargar al dueño de la materia con la prueba de su mayor valor.

El artículo Frances y demas estranjeros respiran el mismo espíritu, y parten del mismo principio, con la sola diferencia de establecer la

presuncion de mayor valor en la materia, cargando por consiguiente al hacedor de la *nueva especie* con la prueba de lo contrario.

Téngase presente que en alguno de los casos del artículo 423 puede resultar una nueva especie; «*si ex suo vino et alieno melle quis mulsum miscuerit,*» y otros del citado párrafo 25: cuando tal ocurra, habrá de regir la disposicion de este artículo 424.

Si la especificacion se hizo con mala fé, etc. El que trabaja en materia que sabe ser agena, debe ser considerado como si hubiera trabajado en nombre del dueño de ella y que quiso regalarle su trabajo. Ley 12, párrafo 3, libro 10 del Digesto á semejanza de lo dispuesto en el artículo 405 y párrafo 2 del artículo anterior. «El que oviesse mala fé:: sabiendo que aquello de que lo face, que es ageno, este atal pierde la obra que faze, é non deve cobrar las que y fizo.» Ley 33 al fin, título 8, Partida 3.

O de exigir de este etc.: porque la nueva especie puede ser de poco ó ningun provecho para el dueño de la materia.

TITULO III.

DE LA POSESION.

La posesion y la prescripcion están íntimamente enlazadas, y sin duda por esto se trata de ellas una tras otra en los títulos 2 y 3, libro 41 del Digesto, y 29 y 30, Partida 3.

El Código Frances trata de las dos en el mismo título 20, libro 3, y le han seguido en esto los otros Códigos modernos.

La Comision fraccionó esta materia: fué porque la adquisicion de los frutos percibidos por el poseedor de buena fé es una de las especies de accesion, llamada por los intérpretes *mixta*; y desde el artículo 396 venimos tratando de accesiones. Pero todos los Códigos tratan de esto mismo en la materia de accesion, y sin embargo, unieron la posesion y prescripcion en un mismo título: como quiera, los cuatro primeros artículos de este título obran de lleno en las prescripciones.

ARTICULO 425.

La posesion es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre.

2228 Frances, 3389 de la Luisiana, 2134 Napolitano, 2363 Sardo, 1637 de Vaud. «*Possessio (appellata á sedibus quasi positis, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit)*; segun la ley 1, título 2, libro 41 del Digesto; *est detentio rei corporalis animo sibi habendi.*»

«Posesion tanto quiere decir como ponimiento de pies, ó es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo é del entendimiento.»

Segun estas dos definiciones, no cabia *propiamente* posesion sino en las cosas corporales, pues en ellas solas cabia entrega propia: lo incorporal, como son los derechos, no admitia sino cuasi-posesion, «como manera de posession;» segun la citada ley de Partida.

Pero, admitiéndose en el artículo 1387 entrega de los derechos incorporales, debia tambien admitirse aquí posesion de los mismos, y comprenderse la de todas las cosas ó bienes en una sola definicion.

Dificulto, sin embargo, que la definicion del artículo cuadre propiamente á las servidumbres negativas, pues ni en ellas hay el ejercicio de un derecho, ni el uso del uno y la paciencia del otro que constituian la casi-posesion Romana y de Partidas: esta dificultad obsta igualmente á la casi-posesion de aquellos Derechos.

ARTICULO 426.

Se presume que cada uno posee por sí, mientras no se pruebe que principió á poseer á nombre de otro.

2230 Frances que añade: «Y á título de propietario;» 2365 Sardo, 1639 de Vaud y 2156 Napolitano.

Como la posesion acompaña ordinariamente á la propiedad, la ley presume en favor del poseedor. Por esto se dice; *Beatus in jure qui possidet*; entre otras ventajas tiene la de estar relevado de la prueba, ley 24, título 1, libro 6 del Digesto, inclusa la de su posesion, *Possessor non tenetur edere titulum possessionis suæ.* Ley 11, título 31, libro 3 del Código.

ARTICULO 427.

El que comenzó á poseer á nombre de otro se presume que continúa poseyendo en el mismo concepto, mientras no se pruebe lo contrario.

2231 Frances, 2157 Napolitano, 3404 de la Luisiana, 2366 Sardo y 1640 de Vaud. *Illud á veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possesionis mutare posse*, ley 3, párrafo 19, título 2, libro 41 del Digesto.

Asi, el que comenzó á poseer como colono, comodatario ó depositario, tiene siempre contra sí la presuncion de continuar poseyendo con el mismo título. La razon es, que la detentacion ó posesion de la cosa no puede ser á un mismo tiempo por sí y por otro; el que la tiene á nombre de otro, renueva y perpetúa á cada instante la posesion de es-

te; y como el tiempo para tenerla por otro es indefinido, no puede fijarse la época en que el dueño deberia considerarse desposeido.

Pero esto no impide que, interviniendo un hecho ó título nuevo, se deje la antigua posesion y comience á poseerse por la nueva causa ó título, *si colonus á domino emerit, aut á domino haeres institutus fuerit.* Ley 33, párrafo 1, título 3, libro 41 del Digesto, en la que se dilucida completamente con varios ejemplos la materia de este artículo; pero el hecho, causa ó título nuevo, habrá de probarse por el que lo alega: vé el artículo 1948.

ARTICULO 428.

Se considera poseedor de buena fé el que lo es en virtud de un título traslativo de propiedad, cuyos vicios ignora.

Es poseedor de mala fé aquel á quien consta que le falta título para poseer, ó que el que tiene es vicioso ó insuficiente.

530 Frances, 475 Napolitano, 454 Sardo, 350 de Vaud y 495 de la Luisiana.

Bonæ fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere, justa procuratorem aut tutorem esse. Ley 109, título 16, libro 50 del Digesto, trasladada á la 9, título 33, Partida 7.

La definicion de nuestro artículo es la del 550 Frances, y de ella se dice en el discurso 45: «Es mas positiva que todas las del Derecho Romano, y evitará muchas contestaciones que se suscitan frecuentemente y en diversos sentidos, y están subordinadas á la calidad de la posesion.

Yo no sé si esta definicion tiene efectivamente sobre la Romana y Patria las ventajas que se le atribuyen sin espresarlas; pero me atrevo á aconsejar que en los casos dudosos se consulten aquellas leyes por lo que puedan tener de razonable: pondré ejemplos.

El título ha de ser verdadero: no basta creer de buena fé que lo ha habido, á no ser que medie un justísimo error de hecho ageno, cuyos casos pueden verse en las leyes 33, título 3, 11, título 4, libro 41 del Digesto, 14 y 15, título 29, Partida 3.

En la 11 se pone el caso de haber mandado yo á mi procurador que me compre una cosa; me persuade que la compró y me la entrega: «*magis est ut usucapio procedat.*»

En la 33, párrafo 1, se trata del que posee como heredero sin serlo, pero teniendo justa causa para creer que lo es.

En la 4, título 8 del mismo libro 41, se dice que puede prescribir (*usucapere*) el legatario que ignoraba haberse revocado la manda en un

codicilo posterior, *quia in ejus persona subest justa causa quæ sufficit ad usucapionem*, y aun se añade otro ejemplo.

Puede el título ser verdadero, pero nulo; y en este caso se distingue. La ignorancia de derecho no aprovecha ni escusa, como si compré de un menor, sabiendo que lo era, pero creyendo que podia vender.

El error probable de hecho aprovecha, *non summo jure*, sino por equidad, como si compré á un menor que parecia mayor de edad, á un loco creyéndole sano, ó á un pródigo ignorando su interdiccion. Leyes 2, párrafos 15 y 16, título 4, y 12, título 5, libro 41.

Finalmente, si existe un título justo y verdadero, aunque el poseedor lo ignore, procede la prescripcion *quia potius substantia, seu veritas rei quam opinio spectatur.* Ley 2, párrafo 2, título 4, libro 41, que pone dos ejemplos.

¿Podrán resolverse con exactitud y tino todos estos casos por la definicion de la buena y mala fé dada en nuestro artículo? Otros lo dirán; yo me afirmo en el consejo que arriba he dado.

Todo lo que influya á favor ó contra la prescripcion en los casos mencionados, debe tambien influir por punto general para que el poseedor haga ó no suyos los frutos percibidos, con la diferencia que para esto segundo se necesita buena fé continua, *non initium sed singula momenta spectamus.* Leyes 23 y 48, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto; y para la prescripcion basta haberla tenido cuando se comenzó á poseer, artículo 1957.

A los tribunales toca determinar cuando dejó de continuar la buena fé por constar al poseedor lo vicioso ó insuficiente de su título, para que tenga lugar la condenacion á la restitucion de frutos, y deberán fijar la época de ambas cosas en la sentencia: la declaracion de que *la cosa ha sido detenida indebidamente* no envuelve la de la mala fe; la primera puede resultar de un vicio radical del título de posesion; la segunda requiere necesariamente que el poseedor conozca el vicio.

ARTICULO 429.

El poseedor de buena fé hace suyos los frutos percibidos, mientras no sea interrumpida la posesion, en conformidad á lo dispuesto en la seccion primera, capítulo VII, título XXIV, libro III de este Código.

Se entienden percibidos los frutos naturales é industriales desde que se alzan ó separan.

Los frutos civiles se producen dia por dia.y pertenecen al poseedor en esta proporcion.

El 549 Frances, 474 Napolitano, 549 de Vaud, y 494 de la Luisiana se ciñen á adjudicar los frutos al simple poseedor en el solo caso

de poseer de buena fé; el 630 Holandes y el 455 Sardo fijan, como el nuestro, el tiempo de la demanda. *Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet quod dominis prœdiorum tributum est.* Ley 25, párrafo 1, título 1, libro 22. *Quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Ley 48 al principio, título 1, libro 41: *Bona fides tantumdem possidenti prœstat, quantum veritas*, la 136 de *regulis juris.*

La ley 39, título 28, Partida 3, concuerda con el Derecho Romano, salva alguna diferencia: en los artículos 652 y 633 de Holanda es considerado el poseedor de buena fé como el usufructuario.

Esta adquisicion es contada entre las especies de accesion porque si bien la cosa no es del poseedor, su buena fé, como dicen las leyes Romanas citadas, le pone en el lugar del propietario.

De buena fé: en el artículo anterior he notado que la buena fé para el efecto de hacer suyos los frutos ha de ser contínua, cuando para la prescripcion de la propiedad basta que la haya al principio; pero siendo contínua, *etiam is qui non potest capere* (prescribir) *propter rei vitium, fructus suos facit*, ley 48, párrafo 1, título 1, libro 41 del Digesto.

Los frutos: sin distincion ninguna, sea cualquiera su especie: la buena fé, causa principal de esta adquisicion, obra igualmente en todos: asi estaba dispuesto por Derecho Romano; la citada ley de Partida esceptuaba los naturales.

Percibidos; aunque no hayan sido consumidos, porque desde la percepcion dejaron ya de ser parte de la cosa reclamada por el propietario: la ley 22, título 32, libro 3 del Código y la citada de Partida disponian lo contrario respecto de los frutos estantes ó no consumidos.

Interrumpida la posesion, etc: «Post motam controversiam omnes possessores pares sunt, et quasi prœdones tenentur.» Ley 25, párrafo 7, título 3, libro 5 del Digesto*:* vé los artículos 1984 y siguientes.

Desde que se alzan ó separan: del suelo, árboles ó plantas que los producen: en los animales, desde que la cria sale á luz, ó se les ordeña ó trasquila; pero no importa que el poseedor haga todo esto por si ó por otro; igual es la suerte del usufructuario: vé el artículo 439.

Lós frutos civiles: vé los artículos 398 y 440; la causa del poseedor de buena fé es en esto igual á la del usufructuario.

ARTICULO 430.

El poseedor de buena fé tendrá derecho al abono de los gastos hechos por él para la produccion de los frutos naturales ó industriales que no hace suyos por estar aun pendientes al tiempo de interrumpirse la posesion.

Vé lo espuesto en el articulc 399.

ARTICULO 431.

El poseedor de mala fé está obligado á restituir todos los frutos que haya producido ó debido producir la cosa desde su injusta detentacion.

El 329 Frances y demas estranjeros citados en el 429 solo dicen: Está obligado á restituir los productos con la cosa al propietario que la revindica: el 455 Sardo es tan esplícito como el nuestro, que concuerda con los párrafos 35, título 1, libro 2, y 2, título 17, libro 4, Instituciones. *Illorum fructuum, quos possesor (malæ fidei) culpa sua non perceperit, sive illorum, quos perceperit, eadem pene ratio habetur.* «*Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possesor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset.* Ley 62, párrafo 1, título 1, libro 6 del Digesto. *Non tantum percepti, sed et qui honeste percipi potuerunt.*» Ley 33 del mismo título, y 4, título 14, Partida 6, versículo «Mas si oviesse mala fé, etc.»

Debido producir. Deberá, pues, restituir los que él pudo percibir aunque no los habria percibido el propietario y los que este habria percibido, aunque el poseedor de mala fé no haya podido percibirlos, segun la ley 5, título 32, libro 3 del Código, unida á la 62, párrafo 1, título 1, libro 6 del Digesto.

ARTICULO 432.

Los gastos necesarios son abonables á todo poseedor de buena ó mala fé, quien podrá retener la cosa hasta que se le haga el abono.

Los útiles lo son al poseedor de buena fé con el mismo derecho de retencion; pero el propietario tendrá la eleccion de pagar el importe de los gastos ó el aumento de valor que por ellos tenga la propiedad.

El poseedor de mala fe solo podrá llevarse las mejoras, cuando el propietario no se las abone, y puedan separarse sin detrimento de la cosa mejorada.

Los voluntarios, ó de puro placer y ornato, no son abonables á ningun poseedor; pero el de buena fé podrá quitar las obras concurriendo las circunstancias del párrafo anterior respecto del poseedor de mala fé.

Conviene ante todo definir con exactitud y claridad estas tres especies de gastos ó espensas; y felizmente no pueden darse definiciones mas exactas y claras que las de las leyes 1 y 5, párrafos 3 y 14, título 1,

libro 25, 79, título 16, libro 50 del Digesto, y 10, título 33, Partida 7.

Impensæ necessariæ sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. Utiles:: quæ meliorem dotem faciunt:: ex quibus reditus mulieri adquiratur. Voluptuariæ, quæ speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ley 79; está copiada, y si cabe, mejorada en la de Partida, la cual llama á las terceras, *voluntarias*, confundiendo tal vez las palabras latinas *voluptas y voluntas*, aunque su significado es harto diferente; pero luego se esplica llamándolas *deleitosas*, así como la 44, título 28, Partida 3; estas, y particularmente todas las Romanas del citado título 1, libro 25, abundan en ejemplos de las tres especies.

Los gastos necesarios, etc. Malæ fidei possesores, ejus, quod in rem alienam impendunt, nullam habent repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. Ley 5, título 32, libro 3 del Código, con la que concuerda la 44, título 28, Partida 3. «Las deve é las puede cobrar, quier aya buena fé, quier mala;» y concede al poseedor el derecho de retener la cosa hasta ser pagado.

No se distingue en estos gastos entre poseedor de buena ó mala fé, porque son de absoluta necesidad, *habent in se necessitatem impendendi*, dicha ley 1, y sin ellos la cosa se habria empeorado ó perdido del todo; por esto se dice que *ipso jure dotem minuunt*. Ley 1, párrafo 4, título 4, libro 33 del Digesto.

Si el poseedor de mala fé no hubiera hecho estos gastos, seria culpable y responderia de los daños consiguientes á su negligencia: obra mal en retener la cosa agena, pero no en conservarla.

Los gastos de conservacion ordinaria, como los reparos módicos en los edificios, la manutencion de los animales, etc., no son necesarios en el sentido y para los efectos de este artículo: vé el artículo 1633.

Para la deduccion ó cobranza de estos gastos el Derecho Romano y Patrio concedian al poseedor de buena ó mala fé el derecho de retener la cosa; el de buena fé lo tenia tambien respecto de los gastos útiles, y estas disposiciones, como equitativas, están en el espíritu de nuestro artículo.

Los artículos 456 Sardo y 630 Holandes lo conceden solo al poseedor de buena fé en cuanto á las espensas útiles.

Pero no está en el espíritu de nuestro artículo que hayan de compensarse con los frutos percibidos por el poseedor de buena fé los gastos, á cuyo reembolso tiene derecho, á pesar de hallarse asi dispuesto en las leyes 48 y 65, título 1, libro 6 del Digesto, y 41 y 44, título 28, Partida 3. Esto pugnaria con el artículo 429, como realmente pugnaba en aquellas legislaciones con la misma disposicion: y ademas, el po-

seedor mejorante y mas cuidadoso seria de peor condicion que el indiferente ó descuidado.

Los útiles, etc. Conforme con la ley 38, título 1, libro 6 del Digesto, *Usque eo dumtaxat, quo pretiosor factus est; et si plus pretio fundi accessit (quam imprensum est) solum quod impensum est.* Ley 38, tít. 1, lib. 6 del Digesto: en lo edificado suele suceder que los gastos esceden á la mejora ó utilidad real, y lo contrario en las plantaciones: la ley 41, tít. 28, Partida 3 dice: «Todas las despensas que oviere fecho de nuevo en ella;» apartándose en esto solo de la ley 38 Romana y copiándola en sus limitaciones, que, sin embargo de parecer equitativas, no tendrán lugar en nuestro artículo: la justicia no puede admistrarse *varie ex personis, causisque.*

El artículo 456 Sardo dispone lo que el nuestro y la ley Romana: «En caso de diferencia entre el precio de las mejoras efectivas y el de las cantidades gastadas, el poseedor (de buena fé) no tendrá derecho sino al menor de los dos valores.»

El poseedor de mala fé, etc. Sin autem utiles: licentia eis malæ fidei possessoribus permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre. Ley 5, tít. 32, lib. 3 del Código, y 37, tít 1, lib. 6 del Digesto «Si las fizo á mala fé (despensas provechosas ó útiles) y el señor:: non gelas quisiere pechar, puede el otro ende llevar la labor que fizo y fazer.» Ley 44, título 28, Partida 3.

El artículo 636 Holandes dice: «Los gastos útiles y de placer (voluptuarios, voluntarios) los pierde el poseedor de mala fé; pero si los objetos son separables, puede retirarlos.

Sin detrimento. Entiéndese que lo hay siempre que la cosa desmerezca de su estado actual: por ejemplo, rayando la pintura y dejándola blanca segun se recibió.

Los voluntarios etc. Concuerda en sus dos partes con la disposicion final de la citada ley 44 de Partidas, versículo «Otrosi dezimos.» La ley 38, título 1, libro 6 del Digesto, hablando de estos gastos hechos por el poseedor de buena fé, dice juiciosamente: *Neque malitiis indulgendum est: si tectorium (puta) quod induxeris, picturasque corradere velis; nihil laturus nisi ut officias:* debemos hacer ó no hacer lo que sin daño nuestro aprovecha á otros.

ARTICULO 453.

Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo ceden siempre en beneficio del propietario.

Conforme con la ley 10, párrafos 1 y 2, título 5, libro 25 del Digesto.

Nada gastó el poseedor, nada debe abonársele. El aumento ó deterioro naturales de la cosa, y aun su pérdida inculpable, son para y contra el dueño, artículos 1054, 1055, 1160, 1296 y 1297; por esto en el número 2 del 449 se dispone que haya de restituirse con sus accesiones, y lo mismo en el 699: el aumento ó mejora natural puede provenir de varias causas, por ejemplo, de aluvion, de haberse robustecido con el tiempo una planta jóven, etc.

ARTICULO 434.

El poseedor de buena fé no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseida, aunque haya ocurrido por hecho propio.

El poseedor de mala fé responde, aunque haya ocurrido por caso fortuito.

Culpæ hujus reddat rationem nisi bonæ fidei possessor est; tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est ante petitam hereditatem. Ley 31, párrafo 3, título 3, libro 5 del Digesto. *Si quidem á bonæ fidei possessore, de dolo solo; cæteros etiam de culpa sua: inter quos erit et bonæ fidei possessor post litem contestatam.* Ley 45, título 1, libro 6 del Digesto.

El poseedor de buena fé puede todo lo que el verdadero propietario; puede usar y hasta abusar de la cosa; *tantum bona fides tribuit, quantum ipsius rei propietas*, hasta que se presente el verdadero dueño.

Pero es claro que responderá *in quantum locupletior factus est* con la pérdida de la cosa, por la sabida regla de Derecho 206; vé los artículos 1102 y 1191.

Por caso fortuito: el poseedor de mala fé está siempre en mora y aun en dolo; vé los artículos 1006 y 1012.

TITULO IV.

DEL USUFRUCTO, DEL USO Y HABITACION.

CAPITULO PRIMERO.

Del usufructo en general.

Despues de haber hablado de la propiedad, se pasa á hablar de sus *modificaciones* ó desmembraciones; el usufructo es una de las mas importantes de ellas.

La propiedad, tal como se define en el artículo 391, abraza dos derechos, *gozar y disponer* libremente: si se encuentran separados, ó alguno de ellos restringido, hay modificacion de la propiedad; y esta suele llamarse *imperfecta*, cuando en el caso contrario se llama *perfecta y plena*.

Todas las servidumbres modifican ó restringen la propiedad. El Derecho Romano y Patrio las dividian en *personales y reales*: en unas y otras la servidumbre ó gravámen afectaba á un predio ó cosa, bien á favor de una persona, ó de otro predio: en el primer caso la servidumbre se decia *personal* y habia las tres especies de este título; en el segundo *real ó predial*, como lo son las del título siguiente.

El miedo de hacer revivir ideas añejas de feudalidad, pudo parecer causa bastante al legislador Frances para no consagrar positivamente esta division; pero su silencio no ha podido cambiar la naturaleza de las cosas. Esta distincion es de la mayor importancia, pues de ella resulta que los principios generales de las servidumbres se aplican al *Usufructo*, *Uso y Habitacion*, y sobre todo el principio fundamental que *prædium non persona servit*. De lo que se infiere que el propietario solo está obligado á sufrir y dejar que otro haga, pero nunca á hacer, *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis:: sed ut aliquid patiatur, aut non faciat*. Ley 15, párrafo 1, título 1, libro 8 del Digesto.

Hasta aquí un Jurisconsulto Frances; y yo debo repetir su observacion, porque el silencio de aquel Código se nota igualmente en el nuestro, no por los vanos temores ó recuerdos de feudalidad, sino por no hacer una escepcion al método seguido en todos los Códigos modernos.

Quede, pues, sentado, que entre nosotros subsiste realmente la division que hace la ley 1, de los citados título y libro. «*Servitutes aut personarum sunt ut usus et usufrucus aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum, et urbanorum.*»

ARTICULO 435.

El usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes agenos sin alterar su forma ni sustancia, salvo lo dispuesto en el artículo 444.

578 Frances. «Es el derecho de gozar de las agenas como el mismo propietario, pero con la carga de conservar la sustancia de ellas:» le copian el 503 Napolitano, 525 de la Luisiana, 488 Sardo, 565 de Vaud y 803 Holandes. *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, testo del título 4, libro 2, Instituciones, copiado de la ley 1, título 1, libro 7 del Digesto.

En la ley 20, título 31, Partida 3, comienza á hablarse de usufruc-

to; pero no da su definicion. Yo propuse en la Comision la siguiente que no fué adoptada: «Es el derecho de gozar de las cosas agenas como lo haria su mismo propietario, pero salva la sustancia de ellas.»

Disfrutar: De los dos derechos de la propiedad plena y perfecta, segun el artículo 391; el simple usufructuario solo tiene uno, el de gozar ó disfrutar de todos los beneficios y ventajas de la cosa gravada, y en ello se parece al propietario, pero este conserva el otro derecho, el de *disponer;* y mientras dura el usufructo se llama propiedad *nuda* ó *desnuda*.

Bienes agenos: neque enim res sua ulli servit. Leyes 5, título 6, libro 7, y 26, título 2, libro 8 del Digesto: la division del usufructo en *causal y formal* es completamente estéril y ociosa, aunque algunos la defienden.

Su forma, ni sustancia. En esto se diferencia tambien el simple usufructuario del propietario que puede usar y hasta abusar de la cosa.

La locucion Romana, *salva rerum substantia,* ha parecido tan enérgica, que todos los Códigos la han conservado.

En nuestro artículo se añade la *forma*, porque alterarla ó cambiarla es disponer de la cosa. «*Neque autem ampliare, nec inutile detrahere potest.*» «*Quamvis, meliora repositurus sit.*» Leyes 7 al fin y 8. «*Nec ædificium inchoatum consummare; etiamsi eo loco aliter uti non possit*». Ley 61, título 1, libro 7 del Digesto: *aliud est tueri quod accepisset, an novum facere*, ley 44.

Algunos dicen que en este último caso, y siempre que el interes del propietario, lejos de sufrir, resulte aumentado, no debe hacerse caso de la oposicion é injustas quejas del propietario. Parecen favorables á esta opinion los párrafos 4 y 5 de la ley 13. «*Fructuarius causam proprietatis meliorem facere potest*; pero esto debe entenderse, *excollendo*, cultivando, beneficiando como un buen padre de familias lo que encontró, salvos siempre su forma y substancia. El párrafo 5 es mas fuerte, aunque se usa de la palabra dubitativa *forsitan*: Gotofredo por via de conciliacion dice; «no puede cambiar la forma en los edificios, pero si en las heredades, mejorando la causa del propietario. «La ley 61 citada está espresa y concreta; yo la encuentro conforme á la naturaleza ó institucion del usufructo: en separarse de ellas puede haber dificultades y pleitos; si el interes del propietario es manifiesto, ¿cómo en el caso indicado habrá nunca oposicion? En la mencionada ley 7 del mismo título hay abundantes ejemplos de lo que puede ó no hacer el usufructuario: vé el artículo 447.

Salvo lo dispuesto: porque no se puede usar de ellas sin consumirlas ó destruir su sustancia; asi es que no admite usufructo propio y natural, sino impropio llamado cuasi-usufructo por los Romanos, aun-

que lo desconocieron por mucho tiempo. Como en dichas cosas *tantumdem est idem*, el usufructuario afianzará restituir otro tanto de la misma especie y calidad, y, restituyéndolo, devuelve la misma cosa, como acontece en el préstamo. El 526 de la Luisiana llama usufructo *perfecto* al de las cosas no fungibles; *imperfecto* ó casi-usufructo al de las fungibles: el 587 Frances copiado en los otros Códigos lo llama usufructo: nuestras leyes de Partidas callaron sobre esto; la práctica era y no podia menos de ser conforme al Derecho Romano.

Las diferencias entre el usufructo y el arriendo á vida son muy sensibles para que me ocupe en esta cuestion.

ARTICULO 436.

El usufructo se constituye por la ley, por acto entre vivos ó última voluntad, y por la prescripcion.

El 579 Frances solo dice: «El usufructo es establecido por la ley ó por la voluntad del hombre.» Le siguen el 504 Napolitano, 489 Sardo, 36 de Vaud, y 806 Holandes.

El Derecho Romano y Patrio reconocieron los cuatro modos del artículo: por la ley, el usufructo del padre en los bienes adventicios de los hijos, y el del cónyuge binubo en los bienes sujetos á reserva: la ley 20, título 31, Partida 3, no habla de prescripcion; pero esta se infiere claramente de la ley 24.

Vinio reconoce la prescripcion, número 1, título 4, libro 2; tambien Voet, número 7, título 1, libro 7; pero no veo clara la ley del Código que este y el Heineccio citan.

Por la ley. El usufructo del padre y madre en los bienes adventicios de los hijos; el del cónyuge binubo en los bienes sujetos á reserva: vé los artículos 152, 153 y 800.

ARTICULO 437.

Puede constituirse el usufructo á favor de una ó muchas personas simultánea ó sucesivamente, con tal que existan al tiempo de morir el constituyente.

En todo caso puede constituirse el usufructo desde ó hasta cierto dia, puramente y bajo condicion.

El 805 Holandes es el único que habla de este particular: «El usufructo puede constituirse á favor de una ó de muchas personas determinadas para que lo gocen conjunta ó sucesivamente.»

«En caso de goce sucesivo el usufructo no tendrá lugar sino en fa-

ver de las personas que existan al momento de abrirse el derecho del primer usufructuario.»

El objeto del artículo es evitar que se eluda por un medio indirecto la prohibicion de las sustituciones ó fideicomisos, constituyéndolo por tres, cuatro ó mas generaciones: de aquí vendrian indirecta y temporalmente los mayorazgos ó fideicomisos de Triboniano: ademas, es contra la naturaleza del usufructo y contra las reglas de buena economía, el estar separado perpétuamente ó por muy largo tiempo de la propiedad.

El párrafo 2.° del artículo es el 580 Frances, seguido en todos los Códigos, y conforme con las leyes 4, título 1, 4, título 6, libro 7, 16, párrafo 2, título 2, libro 10, y 13, libro 33 del Digesto: la ley 20, título 31, Partida 3, solo dice: «Para en toda su vida, ó á tiempo cierto.»

El usufructo por lo regular es vitalicio, y lo será siempre que se establezca puramente; si se establece bajo condicion, ó desde cierto ó hasta cierto dia, se gobernará por lo dispuesto para iguales casos en los contratos y últimas voluntades.

CAPITULO II.

De los derechos del usufructuario.

ARTICULO 438.

El usufructuario tiene derecho á percibir todos los frutos naturales, industriales ó civiles de los bienes usufructuados.

382 Frances, 433 Sardo, 536 de la Luisiana, 507 Napolitano, 370 de Vaud y 808 Holandes.

Usufructu legato, omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est. Leyes 9, párrafo 1, y 59, título 1, libro 7 del Digesto: sin embargo, el usufructuario no hacia suyo el tesoro y parto de la esclava, leyes 68 del mismo título, 28, párrafo 1, título 1, libro 22, y 7, párrafo 12, título 3, libro 24; lo mismo se halla dispuesto en las leyes 20 y 23, título 31, Partida 3.

Todos los frutos; pero no el tesoro, porque no es fruto, ni el parto de la esclava; vé los artículos 393, 397 y 398 con lo en ellos espuesto. En lo demas el usufructuario goza de todos los derechos y comodidades inherentes á la cosa, como el derecho de patronato, caza, pesca y servidumbres que tenga á su favor. Segun la ley 9, párrafo 4, título 1, libro 7 del Digesto, el usufructuario de una heredad lo será tambien del aumento que tenga por aluvion (artículo 409), pero no de

las islas (artículo 414), porque *ubi latitat incrementum*, como en el aluvion, el usufructo se aumenta por necesidad; pero no, *ubi incrementum apparet separatum*, como en la isla, que es *veluti propius fundus*.

Yo tengo por muy razonable esta ley, y decidiria segun ella.

ARTICULO 439.

Los frutos naturales ó industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario.

Los pendientes al tiempo de estinguirse el usufructo pertenecen al propietario.

Ni uno ni otro tienen que hacerse abono alguno por razon de labores, semillas ú otros gastos semejantes. Esta disposicion no perjudica á los colonos que tengan derecho á percibir alguna porcion de frutos al tiempo de comenzar ó estinguirse el usufructo.

585 Frances, 373 de Vaud, 809 Holandes, 494 Sardo, 538 de la Luisiana y 510 Napolitano: el de la Luisiana suprime el último párrafo.

Si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si die legati adhuc pendentes deprehendisset. Ley 27, título 1, libro 7 del Digesto. «*Fructuarius, etiam si maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, hœredi suo eos fructus non relinquit.*» Ley 8 al fin, título 1, libro 33 del Digesto, y párrafo 36, título 1, libro 2, Instituciones: las leyes de Partida callan sobre esto: la práctica era conforme á la ley Romana.

Es conforme á la naturaleza del usufructo que el usufructuario tome y deje la cosa en el estado en que se encuentra. La suerte ó azar es igual para el propietario y usufructuario: no tienen, pues, motivo de queja.

No sucede asi en la sociedad conyugal: vé los artículos 1306 y 1323; ni sucederá aun cuando por pacto especial no haya lugar á dicha sociedad, y sí al régimen puramente dotal, pues, disuelto el matrimonio, el marido ó sus herederos *tendrán tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año cuantos meses é cuantas semanas duró el matrimonio en aquel año:* el marido sostuvo en este tiempo las cargas; y los frutos son para sostenerlas; ley 26, título 11, Partida 4.

En punto á cosas de mayorazgo, por una práctica constante y con fuerza de ley, los frutos pendientes se prorateaban entre el poseedor entrante y los heredores del último.

Ni uno ni otro. Por Derecho Romano procedia en este caso la regla general de abonarse ó deducirse los gastos, puesto que por frutos no se entiende sino lo que resta despues de esta deduccion; pero de aqui se originaban contiendas y pleitos que se cortan por el artículo, y, como

he indicado arriba, la suerte ó azar es igual para el propietario y el usufructuario.

Esta disposicion, etc: Conviene distinguir de casos.

Si el propietario tenia dada la cosa en arriendo habrán de regir los artículos 1502 y siguientes: el usufructuario no puede tener mas derechos que el mismo propietario arrendador.

Si fué el usufructuario quien dió la cosa en arriendo, este se resolverá al fin del usufructo segun el artículo 443, pero el precio del último año, como fruto civil segun el artículo 398, se prorateará entre los herederos del usufructuario y el propietario, estén ó no pendientes los frutos.

En este segundo caso, si el colono era parciario, conserva su derecho á percibir la parte cuota convenida en los frutos pendientes, porque son el producto y deben ser la recompensa de sus cuidados y trabajo.

Vendiendo el usufructuario una cosecha pendiente y muriendo antes de su recoleccion, valdrá la venta porque pudo hacerla segun el artículo 443; pero el precio deberá ser por entero para el propietario. Rogron cita en este sentido un fallo del tribunal de Casacion y la Comision se adhirió á él: de consiguiente es cosa resuelta. Yo, sin embargo, tengo mis escrúpulos, porque el contrato se resuelve segun el artículo 443, y llevaba implícita la condicion «Si el usufructuario viviere al tiempo de la recoleccion.»

En este último caso, si donó ó cedió por título lucrativo la cosecha pendiente será por entero para el propietario: vé el artículo 1301.

ARTICULO 440.

Los frutos civiles pertenecen al usufructuario á proporcion del tiempo que dure el usufructo.

386 Frances mas esplícito; 511 Napolitano, 540 de la Luisiana, 495 Sardo, 374 de Vaud y 810 Holandes.

Concuerda con la ley 26, título 1, libro 7 del Digesto.

La razon de este artículo se halla en el tercer párrafo del artículo 429; y como los precios de los arrendamientos de tierras son frutos civiles segun el artículo 398, contrario al Derecho Romano, regirá igualmente en ellos la disposicion de este artículo: vé lo espuesto al 398.

ARTICULO 441.

Corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas que se hallen denunciadas y en estado de laboreo al tiempo de comenzar el usufructo.

598 Frances mas estenso, 525 Napolitano, 510 Sardo, 584 de Vaud, 545 de la Luisiana, y 822 de Holanda.

En las Partidas no se habla de minas al tratar del usufructo ó posesion de buena fé, porque segun la ley 11, título 28, Partida 3, pertenecian al Rey.

Por Derecho Romano podia ademas el usufructuario buscar y abrir nuevas minas. «*Venas quoque lapidicinarum vel ejusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et œris, et ferri, et cœterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit; vel ipsas instituere, si nihil agriculturae nocebit.*» Ley 13, párrafo 5, título 1, libro 7 del Digesto. Esta ley lleva su favor al usufructuario hasta decir: «*Etsi forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec disjicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare propietatem:*» omito la ley 9, párrafo 3 del mismo título, y la 7, párrafo 14, título 3, libro 14 del Digesto.

Nuestro artículo es mas previsor y razonable en este punto que el Derecho Romano, pues aunque se descubra casualmente la mina ó cantera, no puede beneficiarse sin alteracion del suelo y tal vez con gastos que no podrá soportar el propietario: ademas, el usufructuario debe tomar la cosa en el estado en que se encuentra y restituirla en el mismo.

En este artículo se da por supuesto que los productos de las minas y canteras son frutos: «*sed si cretifodinœ, argentifodinœ, vel auri, vel cujuslibet alterius materiœ sint, utique in fructu habebuntur;*» ley 7, párrafo 14, título 3, libro 24 del Digesto.

¿Los hará suyos el poseedor de buena fe? Indudablemente, y aun los de las minas descubiertas despues que entró en la posesion: la buena fé es igual en ambos casos; pero tanto el poseedor, como el usufructuario, estarán sujetos á lo dispuesto por referencia en el número 3 del artículo 388; omito la cuestion de Voet al fin del número 24, título 1, libro 7, sobre si se reproducen ó no.

ARTICULO 442.

Corresponden al usufructuario el goce del aumento que reciben las cosas por accesion, el de las servidumbres que tengan á su favor, y generalmente los otros derechos inherentes á las mismas.

596 y 597 Franceses, 385 y 586 de Vaud, 508 Sardo, 821 Holandes, 521 y 522 Napolitanos, 546 y 547 de la Luisiana, que esceptúa la isla formada en un rio navegable; los demas artículos hablan simplemente del aluvion y callan sobre la isla.

«*Placuit alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertine-*

re.» Ley 9, párrafo 4, título 1, libro 7 del Digesto, pero no de las islas: vé lo espuesto en el artículo 438. Si en este se usa de la palabra *accesion*, es para comprender generalmente en una sola todos los casos de esta especie, sin querer por ello incluir la isla: las leyes de Partida callan sobre los casos especiales de este artículo.

ARTICULO 443.

El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada, arrendarla á otro y enagenar su derecho de usufructo, aunque sea á título gratuito, pero todos los contratos que como tal usufructuario celebre se resuelven al fin del usufructo.

La primera parte de nuestro artículo es tambien la del artículo 595 Frances; en la segunda se diferencian: el Frances concede al usufructuario que pueda dar en arriendo en los mismos términos que el marido los bienes de su muger: segun el nuestro, el arriendo se estingue por la muerte del usufructuario; y se repite por referencia en el 1485.

Siguen al artículo Frances el 520 Napolitano, el 819 y 820 de Holanda, añadiendo que á falta de uso de la tierra, no puede el usufructuario dar en arriendo una casa por mas de cuatro años, ni una heredad por mas de siete; el 385 de Vaud añade: «Si el usufructuario da en arriendo, el propietario y el arrendatario podrán, al espirar el usufructo, rescindir el arriendo, avisándose con la anticipacion prescripta para los desahucios en el artículo 1231; pero sin que el arrendatario pueda pedir recompensa (indemizacion).»

Los 505, 508 y 509 Sardos siguen al Frances en su primera parte aun con mayor espresion. En punto á arriendos dice el 506: «Los arriendos que haya hecho el usufructuario que escedan el novenio, no durarán en caso de cesar el usufructo, sino por el tiempo que resta por correr, sea del primer novenio, si no se ha cumplido, sea del segundo, y asi sucesivamente; de manera que el arrendatario no tenga sino el derecho de gozar de la finca arrendada hasta cumplirse el período de aquel novenio en que cesa el usufructo:» es copia del 1429 Frances.

El 507. «Los arriendos por un novenio ó menos tiempo, hechos ó renovados mas de un año antes de espirar el arriendo corriente si los bienes son rústicos, ó mas de seis meses antes de dicho tiempo si consisten en casas, no tendrán efecto cuando su ejecucion no haya comenzado antes de cesar el usufructo:» el 1430 Frances señala tres años para los bienes rurales en lugar de uno, y dos años para las casas en lugar de seis meses.

El 388 Prusiano, título 21, Parte 1, dice lo que el nuestro en punto á arriendos: los 548 y 2701 de la Luisiana están conformes en todo.

Esto mismo se halla dispuesto por Derecho Romano y Patrio, ley 9, párrafo 1, título 2, libro 19 del Digesto, y 3, título 8, Partida 5: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, y nadie puede pasar á otro mas derecho del que el mismo tiene.

Aunque sea á título gratuito. El usufructuario no solo podia en Derecho Romano dar en arriendo, sino vender, donar, *vel alii rem fruendam concedere*, leyes 12, párrafo 2, 33 y 38, título 1, libro 7 del Digesto; y sin embargo nos encontramos en el párrafo 3, título 4, libro 2, Instituciones, con que *cedendo extraneo nihil agitur*; es decir, que no pasa el usufructo al estraño cesionario y lo pierde el usufructuario: la ley 24, título 31, Partida 3, copió esta caprichosa disposicion que ha dado lugar á tan largos y sutiles comentarios.

¿Donar y ceder ó enagenar á título gratuito, no son una misma cosa, al menos entre nosotros.?

El artículo corta esta impertinente cuestion, sin perjuicio de que para la estincion del usufructo, se atienda siempre á la persona del usufructuario, porque en consideracion á ella sola fué constituido.

Se resuelven: es decir, quedan sin efecto desde entonces, porque *soluto jure dantis, etc.*

ARTICULO 444.

El usufructuario de bienes fungibles puede usar libremente de ellos, y consumirlos con la obligacion determinada en el número 2 del artículo 449.

Este artículo no admite dificultad: vé lo espuesto en el 383.

Pero habia antes otro artículo mas importante reducido á que en las cosas que se gastan y deterioran lentamente con el uso, el usufructuario tiene derecho á servirse de ellas para los usos á que están destinadas, y solo está obligado á devolverlas al estinguirse el usufructo en el estado que entonces tengan, salvo si se deterioraron por su dolo, culpa ó negligencia.

No alcanzo los motivos de haberse suprimido este artículo, tan importante como frecuente. La Comision habia aprobado mis comentarios. Por estas consideraciones me parece oportuno suplir el silencio ó supresion. Sobre el artículo indicado decia yo: «Está conforme con el 589 Frances, 514 Napolitano, 499 Sardo, 377 de Vaud y 812 Holandes: el 543 de la Luisiana espresa lo que está en el espíritu de los otros y en el nuestro: «Si estas cosas se hallan consumidas por el uso al acabarse el usufructo, el usufructuario no tiene obligacion de representarlas (dar un equivalente).»

«Si vestis usufructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam haeres stipulatus sit, finito usufructu, vestem reddi, attamen non obli-

quri promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit.» Ley 9, párrafo 3, tít. 9, libro 7 del Digesto. «*Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur.*» Ley 15, párrafo 4, título 1 del mismo libro.

Triboniano dió ocasion á dudas y comentarios, poniendo malamente los vestidos entre las cosas fungibles, como el vino, aceite y trigo, párrafo 2, título 4, libro 2, Instituciones: los intérpretes se han devanado los sesos buscando una conciliacion imposible; las leyes de Partida callan sobre este punto, como sobre las cosas fungibles.

Febrero, parte 1, capítulo 7, números 17 y 18, refiere las opiniones encontradas de los autores sobre esta materia: en el núm. 17 funda muy bien la suya conforme con la disposicion de este artículo; pero en en el 18 lo echa á perder sosteniendo que, «si los tales muebles se pierden y consumen enteramente, aunque sea sin dolo ni culpa del usufructuario, debe este restituir el valor que tenian al tiempo que dió la fianza, porque ha de usarlos y disfrutarlos conservando su sustancia: y porque, pudiendo conservarlos, se presume que tuvo al menos negligencia culpable en dejarlos perderse, y que no usó de ellos como debia:» por esto aconseja que se estimen los tales muebles antes de su entrega.

Aunque el artículo no habla de este caso, sino del deterioro, sin embargo, su espíritu es contrario á la opinion de Febrero. El usufructuario no está obligado sino á usar de las cosas como lo hace un buen padre de familias, y á restituir lo que de ellas restare al cesar el usufructo; si por este buen uso se pierden del todo, el caso es igual al del deterioro: la cosa perece para su dueño sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1161. La presuncion desfavorable al usufructuario no escluirá la prueba contraria de este, aunque valdrá mas que, cuando la cosa llegó á deteriorarse por el buen uso hasta el punto de ser inservible, se restituya desde luego, pues el usufructuario no se hace dueño de los restos de ella.

Dolo, culpa ó negligencia: en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1011.

ARTICULO 445.

El usufructario de viñas, olivares ú otros árboles ó arbustos, sean ó no frutales, puede aprovecharse de los pies muertos naturalmente.

Los caidos ó arrancados por accidente pertenecen al propietario.

El 594 Frances dice: «Los árboles *frutales* que mueren, aun los que son arrancados ó tronchados por accidente, pertenecen al usufruc-

tuario, con la carga de reemplazarlos por otros.» Le siguen el 519 Napolitano, 582 de Vaud, 818 Holandes y 504 Sardo: vé el artículo 455.

Las leyes Romanas no distinguen entre árboles frutales y no frutales: los muertos naturalmente se hacen del usufructuario con la obligacion de reemplazarlos. *In locum demortuarum arbórum aliæ substituendæ sunt, et priores ad fructuarium pertinent.*» Ley 18, título 1, libro 7 del Digesto: lo mismo se repite comprendiendo las viñas en el párrafo 38, título 1, libro 2, *Instituciones.*

Los muertos accidentalmente no se hacian del fructuario, ni este debia reemplazarlos. *Arbores vi tempestatis non culpa fructuarii eversas, ab eo substitui non placet.* Ley 59 del mismo título: *Alioquin si totus ager sit, hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius.* Ley 12 al principio: no se hacian, pues, ni del marido, ni del usufructuario, ley 7, párrafo 12, título 3, libro 24 del Digesto: el segundo podia obligar al primero á que se las llevase para que no dañasen al fructuario; ley 19, párrafo 1, título 1, libro 7 del Digesto.

La ley 22, título 31, Partida 3, se limita á decir: «Si se secaren algunas vides ó árboles, que planten otros en su lugar.»

Ni el citado artículo 594 Frances, ni el 590, dicen que haya de hacerse en igual caso con los árboles no frutales: solo puede inferirse de su silencio que no pertenecen al usufructuario: ¿mas por qué ha de dejarse á congetúras lo que puede y merece espresarse?

Las razones que se dan en apoyo del 594 Frances no me satisfacen: *el usufructuario hace suyo el árbol frutal en justa indemnizacion de los frutos que pierde.*

¿Mas por qué se le carga con los gastos de reemplazarlo y cultivar el nuevo árbol, que podrán importar mas que el valor de la leña del muerto ó arrancado?

Ademas, yo no conozco árbol que no dé algun fruto, utilidad ó provecho; la hoja lo es en muchos, la poda en todos.

Se ha preferido, pues, la legislacion Romana por mas sencilla y por la fuerte razon de la ley 12; *alioquin, si totus ager, etc.*: un huracan, una helada estraordinaria ú otro accidente, puede acabar con todos los árboles: ¿qué quedará en este caso al derecho de propiedad, si han de ser todos para el usufructuario?

Naturalmente no pueden morir todos á la vez, si no paulatina y sucesivamente: vé el artículo 455.

ARTICULO 446.

El usufructuario de un monte disfruta de todos los aprovechamientos que pueda producir, segun su naturaleza.

Siendo tallar ó de maderas de construccion, podrá hacer en él las talas ó cortas ordinarias que haria el dueño, acomodándose en el modo, porcion y épocas á las costumbres constantes del pais.

En los demas casos el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie, como no sea para reponer ó mejorar algunas de las cosas usufructuadas, y en este caso haciendo constar préviamente al propietario la necesidad de la obra.

El usufructuario no podrá sacar pies de los viveros, sino en cuanto esto pueda hacerse sin perjudicar á su conservacion, y con la obligacion de acomodarse á las costumbres del pais para su reemplazo.

De los casos de este artículo se trata en los 590 al 594 Franceses, reproducidos casi testualmente en los otros Códigos: pueden verse los artículos 500, 501 y 502 Sardos.

El artículo 590 Frances habla de *bois taillis; boschi cedui* segun el 500 Sardo, *silva caedua* segun las leyes Romanas, *monte tallar* segun el Diccionario.

El 591 Frances habla *des bois de haute futaie*, *de alto fuste* segun el 501 Sardo, grandes arbores segun la ley 11, título 1, libro 7 del Digesto, de los que sirven para *tablas* ó *madera de construccion* segun nuestro artículo.

Nuestras leyes callaron sobre este punto; las Romanas hablaron, tal vez demasiado, pues que especifican los cañaverales, sauces, etc.: el resúmen de ellas es como sigue:

Silva caedua (*bois taillis*, ó monte tallar segun Gotofredo á la ley 10 de dicho título) es segun la ley 30 *de verborum significatione, quae rursus ex stirpibus atque radicibus renascitur.*

Legado el usufructo de un campo del que forme parte el monte tallar, cañaveral, sauzal, puede el usufructuario no solo cortar á *arbitrio de buen varon* lo que necesite, sino tambien para vender como frutos, porque frutos deben reputarse todas las cosas que se reproducen; ley 9, párrafo 7, título 1, libro 7 del Digesto.

Del monte no tallar, que forme parte de la heredad, el usufructuario solo puede tomar lo necesario para el uso de la viña, como estacas, horquillas, y para reparacion de la casa de campo (villa) *dum ne fundum deteriorem faciat*, ley 10 de dicho título. Si el viento arrancase árboles, puede tambien tomar de estos lo necesario para su uso y el de la quinta, y obligar al propietario á que quite los demas si perjudican al usufructo. Leyes 11, 12, 18 y 19, párrafo 1 del mismo título.

En el usufructo universal ó en el especial de un monte se comprende el derecho de cortar y vender segun la práctica del pais, y como lo hacen los buenos padres de familias, ley 22, título 8, libro 7 del Digesto, pues de otro modo *nihil habituri essent ex eo legato*: el solo uso

ó práctica del constituyente no debe servir de regla, porque pudo ser un disipador ó mal padre de familias; ley 9, párrafo último, y 27, párrafo 2, título 1 del mismo libro.

En una heredad ó quinta donde por mero recreo habia bosquecillos ó paseos de árboles infructíferos, *fructuarius non debebit eas dejicere, ut forte hortos, olitarios, faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectet.* Ley 13, párrafo 4 de los mismos título y libro.

Respecto de los viveros ó planteles dice la ley 9, párrafo 6. *Seminarii autem fructum puto ad fructuarium pertinere; ita tamen ut et vendere ei, et seminare liceat; debet tamen conserendi agri causa, seminarium paratum semper renovare, quasi instrumentum agri: ut, finito usufructu, domino restituatur.*

En suma; yo creo que tanto este como todos los casos relativos á los derechos del usufructuario deben resolverse por el *boni viri arbitratus, tamquam bonus et diligens pater familias* Romano, *en bon pere de famille* Frances, *á buena fé, assi como buen ome* de nuestras leyes de Partidas.

ARTICULO 447.

El usufructario puede hacer mejoras en las cosas que sean objeto del usufructo con tal que no altere su forma ni sustancia; pero no tiene derecho á reclamar su pago del dueño.

Esta disposicion es aplicable á las mejoras útiles y puramente voluntarias; pero el usufructuario podrá llevárselas, siempre que sea posible sin detrimento de las cosas objeto del usufructo.

599 Frances, 524 Napolitano, 508 Sardo, 587 de Vaud, y 827 Holandes.

Si quid inaedificaverit fructuarius, postea eum neque tollere hoc neque refigere posse. Refixa plane posse vindicare; ley 15 al principio, título 1, libro 7 del Digesto.

Las leyes de Partida callan sobre este caso especial, tal vez por suponerle comprendido en las reglas generales sobre la mala fé. En Aragon, donde era tan frecuente el usufructo foral, los bienes volvian al propietario sin obligacion de hacer éste abono de ningun género.

El usufructuario en punto á espensas y mejoras está comprendido en la disposicion del artículo 53 como poseedor de mala fé, pues sabe que las hace en cosa agena.

A pesar de esto se le permite respecto de las meramente voluntarias, lo que no se concede en aquel artículo al poseedor de mala fé, porque este, desde que la tuvo, debio restituir la cosa á su dueño, y en el usufructuario no cabe mala fé bajo este concepto.

Puede hacer mejoras; pero sin alterar la forma ni sustancia de la

cosa: vé el artículo 432 con lo en él espuesto: añadiré algunos ejemplos de las leyes Romanas.

No puede el usufructuario transformar, unir, ni dividir las piezas de una casa, ley 13, párrafos 7 y 8, título 1, libro 7 del Digesto, ni cubrir con estuco las paredes toscas ó desnudas, ley 44; ni concluir el edificio principiado, aunque sin esto no pueda disfrutarlo, ley 61; pero podrá hacer gastos de mero placer y ornato, como pinturas, mármoles y otras cosas semejantes, *qualitate aedium non immutata.*

Rogron, comentando el articulo 599 Frances, suscita la cuestion *¿si el usufructuario ha hecho construcciones, puede el propietario retenerlas sin indemnizacion?* Resuelve el caso contra el propietario, fundándose en el artículo 555, y sin embargo añade que un fallo del Tribunal de Casacion (lo copia) ha hecho este punto muy dudoso.

Segun el presente artículo y el 405 no cabe tal cuestion entre nosotros; el propietario retendrá lo edificado, y el usufructuario no tendrá derecho á ninguna indemnizacion, si el primero no se halla en el caso del artículo 407.

ARTICULO 448.

El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, puede enagenarlos; pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique á los intereses del usufructuario.

Viene á ser la primera parte del artículo 599 Frances y de los demas estrangeros citados en el anterior.

Nec servitutem imponere fundo propietarius potest, nec amittere servitutem; ley 15, párrafo 7. *Nisi qua deterior fructuari conditio non fiat, veluti si vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere.* Ley 16, título 1, libro 7 del Digesto; la ley 15 trae una sutileza que desecha la sana razon y que ha dado lugar á suponerla viciada.

La disposicion de este artículo es comun á todas las servidumbres: vé el artículo 544. Podrá, pues, el propietario vender, donar y legar la cosa; en una palabra, ejercer su derecho de propiedad ó dominio en cuanto no perjudique al derecho del usufructuario, como no le perjudica en el ejemplo de la ley 16.

CAPITULO III.

De las obligaciones del usufructuario.

Se ha tratado de los derechos del usufructuario; ahora va á tratarse de sus obligaciones.

ARTICULO 449.

El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:

1.° A formar con citacion del dueño un inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y constar el estado en que se hallen los inmuebles.

2.° A dar la correspondiente fianza de que cuidará de las cosas como un buen padre de familia, y las restituirá al propietario con sus accesiones al estinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia.

Respecto de los bienes fungibles, la fianza será únicamente de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

El donador que se reserva el usufructo de los bienes donados estará dispensado de dar la fianza del párrafo anterior, si no se ha obligado espresamente á ello.

En cuanto al usufructo legal del padre ó madre en los bienes de sus hijos menores, se estará á lo dispuesto en el capítulo 2, título 7, libro 1 de este Código.

600 y 601 Franceses, 512 y 513 Sardos, 588 y 589 de Vaud, 830 y 831 de Holanda, 530 y 531 de la Luisiana, 525 y 526 Napolitanos: en el 525 se añade: «A no ser que haya sido dispensado de la fianza al constituirse el usufructo.»

No hay ley Romana que imponga espresamente al usufructuario la obligacion de hacer inventario: fué un consejo de Ulpiano, que por su justicia y conveniencia se hizo popular y de general observancia. *Recta autem faciunt et heres et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem fecerit,* ley 1, párrafo 4, título 9, libro 7 del Digesto.

Tampoco hablaron de inventario las leyes de Partida, y, sin embargo, vino á ser una ley en la práctica para este y para todos los casos en que hay obligacion de restituir la cosa pasado algun tiempo.

Número 2. *Usurum se boni viri arbitratu et cum ususfructus ad eum pertinere dessinet, restiturum quod inde extabit,* dicha ley 1 al principio: *si cujus rei ususfructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare ut officio judicis hoc fiat: Nam sicuti debet fructuarius uti, frui, ita et propietatis dominus securus esse debet de propietate.* Ley 13 al principio, título 1, libro 7, y está conforme con ellas la 20, título 31, Partida 3.

Inventario: en el que deberá observarse lo dispuesto en los articu-

los 848 y 849, y á espensas del usufructuario, porque él es el obligado á hacerlo.

El estado: no espresándose este, se presumirá que los recibió en buen estado, como se presume respecto del arrendatario en el artículo 1493.

¿Puede remitirse al usufructuario la formacion de inventario? La opinion negativa es la comun, y yo la creo fundada, porque convidaria á delinquir, y de consiguiente seria un pacto ó disposicion contra las buenas costumbres. La ley estima tan absolutamente necesaria esta medida, que ni á los padres dipensa de ella: vé el artículo 156.

A dar fianza. Esta, como se ve, abraza dos puntos; el buen uso de la cosa y su restitucion, ó lo que de ella quede despues del buen uso: *quod inde extabit*, dice muy bien la ley Romana, porque el usufructuario no responde del deterioro ó disminucion de la cosa cuando procede del mismo buen uso, como en un vestido; respecto de las fungibles, vé lo espuesto al artículo 444. En el presente caso tendrá tambien lugar lo dispuesto en el artículo 1769.

El donador. La fianza puede dispensarse en el mismo título constitutivo del usufructo: su falta no acarrea los peligros morales que la del inventario; pero no falta quien opina en contra.

El donador que se reserva el usufructo no la da aun á falta de dispensa; su liberalidad no debe serle doblemente gravosa, y habria fealdad é ingratitud por parte del donatario en exigirla.

Tampoco la dan los padres usufructuarios de los bienes adventicios de sus hijos: la fianza supone sospecha, y esta seria un agravio á los sentimientos de la naturaleza. Esto era lo que antes se alegaba para fundar esta escepcion; pero ¿qué podrá alegarse despues de la obligacion que se supone á los padres en el artículo 156 con referencia al 1842?

ARTICULO 450.

No dando el usufructuario la fianza de que trata el artículo anterior, el propietario podrá exigir que los inmuebles se arrienden y se pongan en administracion: que los muebles se vendan y que los capitales ó sumas en metálico, y el precio de la enagenacion de los bienes muebles, se impongan á interes con seguridad.

El precio de los arrendamientos, los intereses de los capitales y los productos de los bienes dados en administracion, pertenecen al usufructuario.

602 Frances, 327 Napolitano, 314 Sardo, 390 de Vaud, 556 de la Luisiana: el 833 de Holanda prefiere la administracion por el propietario, dando este fianza: si no la da, permite el arriendo ó el secuestro.

Por Derecho Romano el usufructuario, que pudiendo dar fianza no la daba, perdia los frutos hasta que la diese; ley 13, título 1, libro 7 del Digesto.

No hay ley espresa para el caso de no poder darla; los intérpretes dejaban al prudente arbitrio del Juez, si bastaria la caucion juratoria, ó poner la cosa en secuestro, ó darla en arriendo, ó permitir su administracion al mismo propietario: las leyes de Partidas callan sobre los dos casos.

El artículo permite, respecto de los inmuebles, el arriendo ó administracion; el arrendatario tiene interés en cuidar de ellos; y aun mayor la tiene el propietario, cuando se le conceda la administracion, en la que por esto mismo deberá ser preferido á otros en igualdad de circunstancias.

Los capitales: porque puede haberlos, sobre todo en el usufructo universal.

El precio, etc.: todas estas cosas son frutos, segun el artículo 398, y como tales corresponden al usufructuario, segun el 37.

ARTICULO 451.

Si el usufructuario, aunque no haya dado la fianza, reclamare, bajo caucion juratoria, la entrega de los muebles necesarios para su uso, el juez podrá acceder á esta peticion, consultadas las circunstancias del caso.

Es la segunda parte del 603 Frances, 834 Holandes, 515 Sardo, 528 Napolitano, 391 de Vaud y 557 de la Luisiana.

En el artículo anterior no se ha dado entrada á la caucion juratoria, como insuficinnte para poner á cubierto los intereses del propietario.

En este se adopta un temperamento de equitativa consideracion hácia el usufructuario pobre, autorizando al juez para admitir aquella caucion en un caso especial y segun las circunstancias de las personas.

ARTICULO 452.

Dada la fianza por el usufructuario, tendrá derecho á todos los productos de los bienes que se hayan devengado desde el dia en que, conforme al título constitutivo del usufructo, debió comenzar á percibirlos.

604 Frances, 529 Napolitano, 516 Sardo, 592 de Vaud, 559 de Luisiana y 835 Holandes.

Hé notado en el artículo 450 la diferencia que sobre esto se hacia por Derecho Romano.

El propietario ningun derecho puede alegar sobre los frutos desde que se abrió el usufructo; su derecho se limita á exigir la fianza, á impedir que, antes de darla, entre el usufructuario en el goce de la cosa y á lo dispuesto en el artículo 450.

ARTICULO 453.

El usufructuario que enagenare ó diere á otro en arrendamiento su derecho de usufructo, es responsable del menoscabo que tengan los bienes por culpa ó negligencia de la persona que le sustituye.

554 de la Luisiana.

La obligacion del usufructuario, con arreglo al número 2 del artículo 449, es personal, y no puede libertarse de ella por su solo hecho, cambiando la persona del deudor: claro es tambien que tendrá la responsabilidad impuesta al arrendatario en los artículos 1494 y 1495; *qui locat utitur, et qui vendit, utitur*, ley 12, párrafo 2, título 1, libro 7 del Digesto.

ARTICULO 454.

Si el usufructo se constituye sobre un rebaño ó piara de ganados, el usufructuario está obligado á reemplazar con las crias las que mueran anual y ordinariamente, ó falten por la rapacidad de animales nocivos.

Si el rebaño ó piara perece del todo, sin culpa del usufructuario, por efecto de un contagio ú otro acontecimiento no comun, el usufructuario cumple con entregar al dueño los despojos que se hayan salvado de esta desgracia.

Si el rebaño ó piara perece en parte, tambien por un accidente y sin culpa del usufructuario, tendrá este opcion á continuar en el usufructo, reemplazando las reses que faltan, ó á cesar en él, entregando las que no hayan perecido, y los despojos de las muertas.

616 Frances, 541 Napolitano, 403 de Vaud, 851 Holandes, 587 de la Luisiana, y 527 Sardo.

Estos artículos solo hablan de dos casos: Primero, si perece todo el rebaño por accidente ó enfermedad sin culpa del usufructuario, este debe restituir las pieles ó su valor: Segundo, si no perece del todo debe el usufructuario reemplazarlo hasta donde alcance su misma cria.

Si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarios submittere debet. Párrafo 38, título 1, libro 2, Instituciones; *si gregis (rebaño de ganado menor) vel armenti (ganado*

mayor) sit usufructus legatus, debebit ex agnatis gregem supplere: id est in locum capitum defunctorum; ley 68, párrafo 2, título 1, libro 7 del Digesto: la 69 añade: «*Vel inutilium.* La 70 dispone que cese esta obligacion, *si non gregis:: id est, universitatis usufructus legatus est, sed singulorum capitum;* porque en este segundo caso se suponian tantos usufructos cuantas eran las cabezas.

Esta distincion, que á primera vista parece sutil, *voluntatis quæstio est*, y habrá de resolverse por la voluntad cierta ó presunta del testador y de las partes.

Sabido es qué número de ovejas, puercos y caballos, era necesario para constituir grey ó rebaño por la ley 3, título 14, libro 47 del Digesto, y la 19, título 14, Partida 7; pero ni en este Código, ni en el penal, se ha adoptado la tal disposicion, y habrá de estarse al uso y lenguaje comun de la tierra.

La ley 22, título 31, Partida 3, únicamente dice: «E si fueren ganados, é si murieren algunos, que de los fijos ponga, é crie otros en su lugar de aquellos que assi murieron.»

Con las crias: si no las hubo ó perecieron, no está el usufructuario obligado á comprar otras, ni á reemplazarlas con las de su propio rebaño, leyes 68 y 69 antes citadas: el derecho introducido á favor del usufructuario no debe convertirse en daño suyo.

Mueran: naturalmente: si perecen algunas cabezas por fuerza mayor é inculpable, como incendio, ruina, invasion de ladrones, cesa la obligacion de reemplazarlas, segun la ley 59, título 1, libro 7 del Digesto; lo mismo deberá decirse en el caso de inutilizarse.

Por la rapacidad. No se iguala este caso á los casuales y de fuerza mayor por ser harto frecuente é ir casi siempre acompañado de culpa ó negligencia: por otra parte, la dificultad de la probanza seria un manantial de pleitos.

Si perece todo:: cumple con entregar los despojos, porque estos no son frutos: «*Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia, mortuo eo, usufructus extinguitur.* Ley 30, título 4, libro 7 del Digesto. En el caso anterior sucede lo contrario; los despojos de las muertas é inutilizadas quedan para el usufructuario, porque siendo reemplazadas se reputan vivir en estas para el propietario.

Si pereció en parte. En este párrafo nos apartamos de los artículos estranjeros citados, pues imponen al usufructuario la obligacion de reemplazar las reses muertas hasta donde alcance la cria.

Ha parecido mas conveniente y justo dejarle la alternativa, pues la pérdida puede ser tan grande, que nunca pueda reemplazarla con la cria, y le convenga cesar desde luego en el usufructo.

ARTICULO 455.

El usufructuario de viñas, olivares ú otros árboles ó arbustos, sean ó no frutales, estará obligado á la replantacion de los pies muertos naturalmente, y podrá obligar al propietario á que retire del suelo los caidos ó arrancados por accidente.

Vé lo espuesto al 445, donde se habla de los derechos del usufructuario en este caso: aquí se habla de las obligaciones que les son correlativas.

ARTICULO 456.

El usufructuario está obligado á hacer en las cosas los reparos menores y de conservacion que estas necesiten.

Los reparos mayores serán de cuenta del propietario ; pero estará obligado el usufructario á darle aviso, cuando fuere urgente la necesidad de hacerlos.

605 y 606 Franceses; el segundo especifica qué deba entenderse por reparos mayores , *grosses reparations* : 565 y 566 de la Luisiana, 383 y 384 de Vaud, 517 y 518 Sardos, 530 y 531 Napolitanos, 840 y y 841 Holandeses.

Las leyes Romanas estaban menos claras. La 7 , párrafo 2, las 64 y 65, título 1, libro 7 del Digesto , suponen la obligacion del usufructuario á reparar la cosa, *reficere*, pero no en todos, y asi se dice en la 64, «*In quibus casibus usufructuario hoc onus incumbit.*»

No espresándose en ellas los casos , era forzoso decidirlos por la naturaleza del usufructo, cuya principal obligacion es *tueri*, conservar la cosa, tenerla en buen estado, *sarta tuta habere* , segun la espresion de la ley 7.

Esto dió ocasion á que los autores erigieran en regla general el párrafo 2 de la misma ley, «*Modica igitur refectio ad eum (fructuarium) pertinet*,» que es lo que en nuestro artículo se llama reparos menores y de simple conservacion.

En la ley 20, título 2, libro 39, se dice terminantamente, «*Aedium refectio ad fructuarium non pertinet* ;» pero Gotofredo la interpreta *refectio magni pretii* , y en efecto , la ley habla de casa que amenaza ruina por vetustez.

El artículo 606 Frances designa cuáles sean reparos mayores , porque así lo encontró en el 262 de la costumbre de París, que vino á ser en esto el derecho comun de Francia.

Pero, comprendiendo el usufructo toda clase de bienes, ¿será pos-

ble señalar los reparos mayores en todos ellos? El artículo Frances solo es aplicable á los edificios.

Por esto la Comision prefirió dejar este punto á la jurisprudencia, como lo estuvo hasta aquí sin grandes inconvenientes, al menos que yo sepa. Reparos mayores, dice Febrero con los prácticos, son los concernientes á la utilidad perpétua de la finca, *non ad præsenti annii fructum*, segun la ley 3, título 1, libro 25 del Digesto. Los reparos menores son carga de los frutos y se compensan con ellos: vé el artículo 1633.

Pero estará, etc. Esta misma obligacion y responsabilidad tiene el arrendatario por el artículo 1490, aunque sus derechos son menores que los del usufructuario: la obligacion de cuidar de la cosa como buenos padres de familias es comun á uno y á otro.

¿Puede el usufructuario obligar al propietario á hacer los reparos mayores? La ley 7, párrafo 3, título 1, libro 7 del Digesto, decide que no, *si qua vetustate corruisent, neutrum cogi reficere*, ni el propietario, ni el usufructuario: *sed si heres refecerit, passarum fructuarium uti.*.

El usufructo es una servidumbre y ninguna de ellas puede consistir *in faciendo, sed in patiendo*: ademas, el propietario no puede ser obligado á hacer desembolsos, y tal vez á malvender otros bienes para la reparacion de una cosa que puede no serle útil.

Pero si el propietario se presta á los reparos mayores, no podia impedírselo el usufructuario, aunque de ello se le origine algun perjuicio, que queda bien compensado con la mayor utilidad que reportará de la cosa despues de reparada.

Y si el usufructuario hace á su costa los reparos mayores por no querer hacerlos el propietario, ¿podrá repetir de este los gastos, fenecido el usufructo?

Creo que sí, porque podrán calificarse de necesarios segun lo espuesto al artículo 432: si hubiere algun caso raro en que les falte este concepto, se estará al artículo 447. Si el usufructo se constituyó por título oneroso, habrá de estarse á lo dispuesto en el artículo 1477.

ARTICULO 457.

El pago de las cargas ó contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos, es de cuenta del usufructuario durante el tiempo de su goce.

608 Frances, 572 de la Luisiana, 842 Holandes, 520 Sardo, 396 de Vaud, y 533 Napolitano; «*usufructu relicto, si tributa ejus rei præstentur, ea fructuarium præstare debere, dubium non est.*» Ley 52, ti-

tulo 1, libro 7 del Digesto; lo mismo se dice en las 7, párrafo 2, 27, párrafo 3 del mismo título, y en la 28, título 2, libro 33 del Digesto.

En ellas se especifican muchas de estas cargas, aunque algunas en mi concepto no eran anuales, como *collatio viæ* (carga para reparar el camino), *et quod ob transitum exercitus ex fructibus confertur*, de la ley 27.

La ley 22, título 31, Partida 3, solo dice: «Si diezmo ó otro tributo ó pecho alguno oviere á salir de la cosa en que le otorgaron el usufructo, el lo deve pagar del fruto que llevare ende.»

El que percibe las rentas y frutos debe tambien sufrir las cargas anuales y ordinarias impuestas en consideracion á los mismos, y que se hallan disminuidas en lo que montan las cargas; *secundum naturam est*, que lo cómodo é incómodo de una cosa vayan unidos segun la 10 *de regulis juris*. Las contribuciones, aunque se paguen en dinero, representan la parte de frutos que el Estado tendria derecho á llevarse en especie.

La disposicion de este artículo comprende tambien las demas cargas reales; por ejemplo, el usufructuario deberá pagar los réditos del censo á que se halle afecta la finca: entiéndase de los devengados durante el usufructo, no de los atrasados.

ARTICULO 458.

Las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital, son de cargo del propietario.

Si este las pagase, deberá el usufructuario abonarle en cuenta los intereses correspondientes á las sumas que en dicho concepto hubiere pagado, y si las anticipase el usufructuario, podrá recibir su importe al fin del usufructo.

609 Frances, 844 Holandes, 521 Sardo, 397 de Vaud, 534 Napolitano, 573 de la Luisiana.

Sobre el capital; como una contribucion estraordinaria de guerra, un empréstito forzoso, el impuesto sobre las herencias ó sucesiones.

Estas contribuciones disminuyen el mismo capital ó propiedad, y habrian de cubrirse vendiendo una parte proporcional de la misma. Por esto, si las paga el propietario, debe el usufructuario abonar los intereses, pues que en cambio percibe los frutos de la parte que deja de enagenarse á virtud del pago. Si el usufructuario anticipa el pago, deberá ser reembolsado por el propietario al estinguirse el usufructo, pues que el segundo conserva la parte de propiedad representada por el anticipo; mas no se deberán intereses por hallarse compensados con los frutos que percibió el usufructuario, y de otro modo no habria percibido.

Los autores colocan en el caso de este artículo las exacciones ó contribuciones arrancadas por el enemigo con amenazas de incendiar ó devastar la propiedad.

Yo entiendo que si las amenazas se limitasen á los frutos, como en tierras de pan traer, las exacciones debian ser de cargo del usufructuario; perderia los frutos por un caso fortuito ó fuerza mayor, como sucederia en los casos de piedra, inundacion y otros semejantes.

ARTICULO 459.

El usufructuario universal debe pagar por entero el legado de renta vitalicia ó pension de alimentos.

El usufructuario de una parte alícuota de la herencia lo pagará en proporcion á su cuota.

En ambos casos no queda obligado el propietario al reembolso.

El usufructuario de una ó mas cosas particulares solo pagará el legado cuando la renta ó pension fué constituida determinadamente sobre ellas.

Los tres primeros párrafos son conformes al artículo 610 Frances, 574 de la Luisiana, 535 Napolitano, 598 de Vaud, 846 Holandes, y á la ley 8, párrafo 4, título 61, libro 6 del Código.

El párrafo 4 es conforme á la ley 7, párrafo 2, título 1, libro 7 del Digesto, *Fructuarius agnoscit alimenta ab ea re relicta.*

La renta y pension se dejan sobre los frutos; debe, pues, pagarlas el que los percibe.

ARTICULO 460.

El usufructuario de una finca hipotecada no está obligado á pagar las deudas para cuya seguridad se estableció la hipoteca.

Si la finca se embarga ó vende judicialmente para su pago, el propietario responde al usufructuario de lo que pierda por este motivo.

611 Frances que dice: «El usufructuario por título particular, etc.;» y este es tambien el caso y sentido de nuestro artículo: 575 de la Luisiana, 399 de Vaud, 522 Sardo, 846 Holandes y 536 Napolitano.

El usufructuario universal debe pagar las deudas por entero; el de una cuota de la herencia en proporcion á su cuota, segun el artículo siguiente. «*Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiæ partis usumfructum legaverit. Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur.*» Ley 43, título 2, libro 33 del Digesto: no se entienden bienes, *nisi quod deducto ære alieno superest.*

En este artículo se trata del usufructuario por título particular de una ó mas fincas hipotecadas, y está en armonía con el 683, á pesar de que allí el caso es del legado de propiedad: con cuánta mayor razon aquí, tratándose del simple usufructo de la cosa hipotecada.

ARTICULO 461.

Si el usufructo es de una herencia ó de una parte alícuota de ella, el usufructuario podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan á los bienes usufructuados, y tendrá derecho á exigir del propietario su restitucion sin interes al estinguirse el usufructo.

Negándose el usufructuario á hacer esta anticipacion, el propietario podrá hacer que se venda la parte de bienes que baste para el pago de la cantidad que le corresponda satisfacer, segun la regla establecida en el párrafo precedente.

Si el propietario hiciere la anticipacion de su dinero, se observará lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 458.

612 Frances, 845 Holandes, 581 de la Luisiana, 400 de Vaud, 523 Sardo, 537 Napolitano: vé las leyes Romanas con lo demas espuesto en el artículo anterior.

ARTICULO 462.

De cualquier modo que se perturben por un tercero los derechos del propietario, el usufructuario está obligado á ponerlo en conocimiento de este; y en otro caso responde de todos los daños que al propietario le resulten, como si hubiesen sido ocasionados por su culpa.

614 Frances, 849 Holandes, 584 y 585 de la Luisiana, 401 de Vaud 525 Sardo y 539 Napolitano.

«*Interdum autem inerit propietatis æstimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit. Omnem enim rei curam suscipit.*» Ley 1, párrafo 7 al fin, título 9, libro 7 del Digesto.

Este artículo es una consecuencia de la obligacion general del usufructuario á cuidar de la cosa como buen padre de familias; él la cultiva, la goza, está presente en ella, y por esto mismo no puede cuidarla el propietario. Debe, pues, impedir que otro adquiera servidumbre en ella por la prescripcion, y que se pierda por el no uso la ya adquirida (vé los artículos 537 y 545); debe poner en conocimiento del propietario toda usurpacion ó perturbacion de sus derechos, é indemnizarle si no lo hace; vé el artículo 1490, en el que se impone la misma obligacion al arrendatario.

ARTICULO 463.

Los gastos, costas y condenas de los pleitos, sostenidos sobre el usufructo, son de cuenta del usufructuario.

613 Frances, 582 de la Luisiana, 538 Napolitano, 400 de Vaud: el 524 Sardo y el 848 Holandes añaden: «Si el pleito interesa al mismo tiempo al propietario y al usufructuario, contribuirán á los gastos en proporcion á sus derechos respectivos:» y este es tambien el espíritu de nuestro artículo, aunque no se ha creido necesario espresarlo.

Sostenido sobre el usufructo: es decir, sobre los frutos mismos de la cosa, como si alguno cometiera daño en ellos, ó le negará simplemente estarle constituido el usufructo.

Si la negativa se fundase en que el constituyente del usufructo no era propietario de la cosa, habrá de distinguirse si el usufructo se constituyó por título oneroso ó lucrativo. En el primer caso los gastos recaerán por entero sobre el constituyente, como obligado al saneamiento. En el segundo cesa esta obligacion; y como ambos á dos son interesados en sostener el pleito, deberán contribuir en proporcion al valor de sus respectivos derechos: el interes, al paso que es la medida de la accion, debe serlo tambien del daño ó gastos.

La obligacion del usufructuario á devolver la cosa, fenecido el usufructo, se encuentra en el número 2 del artículo 449, y deberá hacerlo con todas las accesiones de la misma, como lo aumentado por el aluvion: vé el artículo 442.

CAPITULO IV.

De los modos de estinguirse el usufructo.

ARTICULO 464.

El usufructo se estingue:

1.° *Por muerte del usufructuario.*

2.° *Por espirar el tiempo para que se constituyó.*

3.° *Por cumplirse la condicion impuesta en el título constitutivo para la cesacion de este derecho.*

4.° *Por la reunion del usufructo y la propiedad en una misma persona.*

5.° *Por el no uso durante el tiempo y conforme las reglas establecidas en el título XXIV, libro III de este Código.*

6.° *Por la renuncia del usufructuario.*

Los acreedores de este pueden hacer, sin embargo, que se anule la renuncia hecha en perjuicio suyo.

7.° Por la pérdida total de la cosa que era objeto del usufructo.

Si la cosa, objeto del usufructo, no sufre mas que una destruccion parcial, el derecho continúa sobre lo que de ella haya quedado.

617 Frances, ampliado con nuestros números 5 y 6; 404 de Vaud, 542 Napolitano, 601 de la Luisiana. El 854 Holandes añade nuestros números 5 y 6: el 528 Sardo sigue al Frances, pero desecha la muerte civil.

Número 1. *Por muerte:* natural, pues que en este Código no se conoce la civil. En Derecho Romano y segun la ley 24, título 31, Partida 5, se acababa tambien por la muerte civil, que fué abolida en el fondo por la ley 4 de Toro, hoy 3, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilacion: el Código Frances y otros la han admitido: *Jus fruendi morte extinguitur sicuti si quid aliud quod personæ cohaeret.* Ley 3, título 4, libro 7 del Digesto.

En el caso del artículo 457 pasará el usufructo al llamado sucesivamente, ó acrecerá al llamado simultáneamente; ley 33 al fin, título 1, libro 7 del Digesto.

Número 2. *Por espirar el tiempo*: aunque en este caso viva el usufructuario; porque el título constitutivo del usufructo es su primera ley; leyes 15, título 4, libro 7 del Digesto, y 5, título 33, libro 3 del Código: se estinguirá tambien por la muerte del usufructuario antes de espirar el tiempo para el que fué constituido; vé el artículo 466.

Número 3. *Por cumplirse la condicion*: como sucede en todos los contratos y últimas voluntades; leyes 3 y 15 citadas en el número anterior.

Número 4. *Por la reunion etc.; quæ res consolidatio appellatur*, párrafo 3, título 4, libro 2, Instituciones: *nemini res sua servit:* el propietario gozará de la cosa bajo este concepto, no como simple usufructuario.

En rigor la consolidacion, mas que medio ó modo de extinguir el usufructo, es una consecuencia ó efecto necesario de la extincion: siempre y por cualquier medio que se extinga, resulta consolidacion.

Número 5. *Por el no uso*, *etc.* Por Derecho Romano y las Partidas bastaba el de 10 entre presentes y 20 entre ausentes: ahora serán necesarios 30 segun el número 2 del artículo 545.

Número 6. «*Si domino propietatis ad usufructuario cedatur,*» párrafo 3, título 4, libro 2, Instituciones, y leyes 24, título 31, Partida 3, y 3, título 8, Partida 5. Segun las mismas se acababa tambien por la renuncia ó cesion á favor de un estraño: hoy no se acabará en este segundo caso por lo dispuesto en el artículo 445: vé lo allí dicho.

Número 7. *Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint vel etiam terræmotu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum et ne areæ quidam usumfructum deberi.* Párrafo 3, Instituciones, mencionado: *Nec coementorum*, ley 5, párrafo 2, título 4, libro 7. *Si ager, cujus usus noster sit, flumine, vel mari inundatus fuerit, amittitur usufructus.* Ley 23, título 4, libro 7 del Digesto, y la 25, título 31, Partida 3, que niega al usufructuario el derecho de reedificar la casa á sus espensas, si no lo consiente el propietario.

Con la destruccion total de una cosa cierta y determinada se extingue todo derecho y obligacion acerca de ella; vé el artículo 1160.

Si el usufructo fuere universal, ó de una totalidad de bienes, continuará el usufructo en el solar de la casa quemada ó arruinada, como comprendido en la totalidad, ley 34, párrafo último, título 1, libro 7 del Digesto, de la que ha sido tomado nuestro artículo 467.

Destruccion parcial: artículo 623 Frances, 534 Sardo, 440 de Vaud, 545 Napolitano, 608 de la Luisiana, y el 858 Holandes, el cual añade; «La sumersion de un terreno no extingue el usufructo: el usufructuario conserva su derecho despues que el terreno quede en seco natural ó artificialmente, salvo el caso del artículo 649, escepcion tomada de las leyes 23, y 24, título 5, libro 7 del Digesto.

Si cui insulæ ususfructus legatus est, quandiu quælibet portio ejus insulæ remanet, totius soli usumfructum retineri, ley 53, título 1, libro 7 del Digesto, y las 8, 9, y 10, título 4 del mismo libro.

En Derecho Romano se reputaba haber perecido del todo la cosa para el efecto de perderse el usufructo, cuando cambiaba enteramente de forma, no si la cambiaba parcialmente.

Son muchos los casos ó ejemplos que sobre este particular se encuentran en las leyes 5, 8, 9, y 10, título 4, libro 7 del Digesto; y convendrá consultarlas para fijar una buena jurisprudencia.

Vinio da una regla bastante segura y es que la cosa cambió enteramente de forma, cuando por la mudanza cambió de nombre; no porque este pertenezca á la sustancia de las cosas, *Sed quia ex nomine ut ex posteriori, quale, quodque sit intelligitur*; y lo ilustra con los ejemplos de las leyes citadas, sobre todo de la 10.

Entre ellos está el que algunos tachan de sutileza, que es el usufructo de un tiro de cuatro caballos, y en la ley 31, el de un rebaño: si en el primer caso muere un caballo y en el segundo se reducen las cabezas á menos de 10, cuyo número era necesario para constituir rebaño, se extinguia el usufructo.

Mi opinion es que en estos dos casos y algun otro parecido habia algo de sútil é ingenioso, mas que de equitativo; de consiguiente, yo seguiria en esta parte la misma disposicion de las leyes Romanas para

los legados de propiedad, salvo cuando por circunstancias particulares apareciese haber sido otra la voluntad del que constituyó el usufructo.

Pero admitiendo, como admito, que el cambio total de la forma equivale á la pérdida total de la cosa, y el parcial no, repito que habrán de ser consultadas las leyes Romanas para fijar con acierto la jurisprudencia.

Recobrando la cosa su antigua forma y estado, ¿revive el usufructo? Esta es otra cuestion sobre la que probablemente se formará tambien jurisprudencia por las leyes Romanas que ponen numerosos ejemplos, y los resuelven por lo comun con gran sencillez y equidad.

Hay tambien otros modos de extinguirse el usufructo, como el no cumplimiento de las condiciones bajo las que se constituyó, y la resolucion del derecho del constituyente, *quia soluto jure dantis solvitur jus accipientis;* la ley 16, título 4, libro 7 del Digesto pone un ejemplo de esto.

ARTICULO 465.

A favor de un pueblo, de una corporacion ó sociedad no puede constituirse el usufructo por mas de treinta años ; pero si antes de este tiempo el pueblo queda yermo ó la corporacion ó la sociedad se disuelven, queda extinguido el usufructo por este hecho.

La primera parte es el 619 Frances mas lacónico, y por lo menos tan claro como el nuestro: 857 Holandes, 406 de Yaud, 544 Napolitano; el 630 Sardo dispone que dure treinta años; pero permite estipular su duracion hasta sesenta.

Las leyes Romanas hablan solo de municipios ó ciudades, y limitan el usufructo á cien años. «*Placuit centum annis tuendos esse municipes, quia is finis vitæ longævi hominis est*; ley 56 al fin, título 1, libro 7 del Digesto. *Nisi aratrum in eas inducatur*, porque para edificar y asolar las ciudades usaban los Romanos del arado, leyes 56, título 1, 21, título 4, libro 1, y 8, título 2, libro 33 del Digesto.

La 26, título 31, Partida 3, las copió espresando que de cualquier modo que «fincasse el lugar yermo;» y que se recobraria el usufructo, «Si todos los moradores de aquel lugar, ó alguna partida de ellos, poblassen despues deso uno en otro lugar.«

Los intérpretes han entendido uniformemente estas leyes de los colegios ó corporaciones, y limitan los cien años, *nisi maturius collegium sit dissolutum*, porque lo que no existe, no puede gozar.

Las leyes Romanas y la nuestra daban la razon de que en cien años se debia presumir haber muerto cuantos vivian al principiarse el usufructo, pues tal era el termino mas largo de la vida humana segun aquellas leyes.

Yo no tengo por ridículo pretesto, segun se la califica en el discurso 47 frances, una suposicion apoyada en ejemplares; y por otra parte, no puede dudarse, que, atendida la voluntad ó intencion de los constituyentes, el usufructo debe ser mas largo en este caso, que en el de concederse individual ó particularmente.

Pero el usufructo es odioso por anti-económico; su tendencia natural es á reunirse lo mas pronto posible con la propiedad; y esta misma reduccion á treinta años se halla apoyada en la ley 68, párrafo 1, título 2, libro 33 del Digesto; *Si Reipublicæ ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatiô fit.*

Pero si antes, etc.: viene á ser el caso de la muerte natural en el individuo: lo que no existe, no puede conservar este ni otro algun derecho: escuso observar que este artículo se ha de entender segun el 33.

ARTICULO 466.

El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar á cierta edad, dura el número de años prefijados, aunque el tercero muera antes.

620 Frances, 551 Sardo, 856 Holandes, 447 de Vaud, 545 Napolitano, 607 de la Luisiana.

Ha sido tomado de la ley 12, título 33, libro 3 del Código: *Si quis uxori suæ, vel alii usumfructum reliquerit sub certo tempore in quod vel filius ejus, vel quisquam altus pervenerit, stare usumfructum in annos in quos testator posuit; sive persona de cujus ætate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit sed ad certa curricula (nisi ipse fructuarius moriatur)*: porque en este caso *usufructum penitus extingui, indubitati juris est.*

Justiniano decidió por esta ley dos casos hasta entonces dudosos: el primero es el de este artículo.

El segundo era el siguiente: *Sin autem talis fuerit inserta conditio, Donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit: vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto sit: siquidem resipuerit filius, vel alius, vel conditio extiterit, usumfructum finiri. Sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit, tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum.*

Cum enim possibile erat, usque ad omne vitæ tempus usufructuarii, non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri, humanissimun est, ad vitam eorum usumfructum extendi. Quemadmodum etenim si descesserit ususfructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitir ususfructus, ita humanum est, extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus, vel alia conditio defecerit.

No alcanzo por qué no se consagró á este segundo caso un artículo especial en el Código Frances, habiéndose consagrado otro al primero: de todos modos, si ocurriera, yo lo decidiria conforme á la citada ley 12.

A cierta edad: por ejemplo la pubertad.

Aunque muera antes. El constituyente del usufructo *non respexit* á la persona del tercero que murió antes, *sed ad certa curricula*, sino á un período cuya duracion era cierta y sabida entonces; y se presume que fué designado en el interes del usufructuario, y para marcar la duracion del usufructo.

Pero esto no se entiende del usufructo legal concedido á los padres en los bienes adventicios de los hijos; siendo efecto de la patria potestad, espira siempre con esta, aunque el hijo muera antes de la mayor edad.

ARTICULO 467.

Si el usufructo está constituido sobre un edificio, y este se destruye en un incendio, se arruina de viejo ó perece por algun otro accidente, el usufructuario no tiene derecho á gozar del solar ni de los materiales.

Si el usufructo está establecido sobre una hacienda ó en una quinta, de la cual el edificio destruido forme parte, el usufructuario podrá gozar del solar y de los materiales.

624 Frances, 859 Holandes, 441 de Vaud, 546 Napolitano, 609 de la Luisiana: el 535 Sardo añade juiciosamente: «Si el propietario reedifica el edificio sobre que estaba constituido el usufructo, puede gozar del suelo, emplear los materiales, y no pagar al usufructuario sino los intereses del valor del suelo y de los materiales:» así se fomenta la reedificacion salva la equidad.

Si ædes incensæ fuerint, ususfructus specialiter ædium legatus peti non potest. Bonorum autem usufructu legato, areæ ususfructus peti poterit, ley 34, párrafo 2, título 1, libro 7 del Digesto. *Fundi usufructu legato, si villa diruta sit, ususfructus non extinguitur: quia villa fundi accesio est, non magis quam si arbores deciderint. Sed et eo quoque solo, in quo fuit villa, uti frui potero.* Leyes 8, y 9, título 4, libro 7 del Digesto: vé lo espuesto al numero 7 del artículo 464.

La ley 10 dispone lo mismo para el caso de que *fundus villæ fuit accèssio*; pero es en el supuesto de haberse legado el usufructo *fundi*, *hacienda*, *quinta*, *posesion*: si se legó solo del edificio ó casa de campo, regirá lo dispuesto en el párrafo primero del artículo.

Podrá gozar del solar, etc.: es decir, que continuará el usufructo en el solar y materiales, pero sin hacerlos suyos.

ARTICULO 468.

El usufructo no se estingue por el mal uso que el usufructuario haga de las cosas usufructuadas; pero si el abuso es grave, el propietario puede pedir que se le ponga en posesion de los bienes, obligándose bajo fianza á pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de los mismos por el tiempo que dure el usufructo y deducido el premio de administracion que el juez le acuerde.

Segun el 618 Frances, el usufructo puede tambien estinguirse absolutamente por el abuso, y se deja al prudente arbitrio del Juez declararlo asi, *segun la gravedad de las circunstancias*; y le siguen uniformemente los demas Códigos modernos.

Nuestro Derecho Patrio calla sobre este caso; la opinion general y constante en Derecho Romano es la de nuestro artículo, pues, sobre no haber ley espresa que disponga lo contrario, es una deduccion necesaria de los párrafos 3, y 6, ley 1, título 9, libro 7 del Digesto: la fianza se da precisamente por la posibilidad del abuso, y para remediarlo cuando ocurra. *El non utendo per modum et tempus* del párrafo 3, título 4, libro 2, Instituciones, solo prueba que al constituirse el usufructo, se fijó cierto modo, uso y tiempo de gozar, y que usándose de otro modo ó en otro tiempo, es como si el usufructuario no usara, y puede perder su derecho por la prescripcion: asi se infiere de los ejemplos de las leyes 4 y 5, párrafo 1, título 1, libro 8, y 2, título 20, libro 43 del Digesto.

Por lo demas, en el artículo se provee para el caso de ser grave el abuso, porque vale mas prevenir el mal que remediarlo.

Los padres usufructuarios de los bienes adventicios de sus hijos quedan sujetos á la disposicion de este artículo: vé el 156.

CAPITULO V.

Disposicion general.

ARTICULO 469.

Los derechos y obligaciones del usufructuario se arreglan en todo caso, por el título constitutivo del usufructo.

Hoc serbavitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit, la 23 *de regulis juris. Semper in contractibus id sequimur quod actum est*, regla 34; *Voluntati testatoris per omnia obediendum est*, ley 15, título 32, libro 3 del Código; salvo en lo que sea contra las leyes y buenas costumbres, ó contra la esencia misma del usufructo.

CAPITULO VI.

Del uso y de la habitacion.

Ni en las Instituciones, ni en las Partidas, ni en el Código Frances, se hallan definiciones del *Uso* y de la *Habitacion*, y solo se esplican sus efectos.

Los autores definian generalmente el Uso, *Jus rebus alienis ad necessitatem utendi, salva earum substantia*: y la Habitacion, *Jus alienas œdes inhabitandi, salva earum substantia.*

ARTICULO 470.

Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene el derecho de habitacion se regulan por los títulos constitutivos de estos derechos, y en su defecto por las disposiciones siguientes.

628 y 629 Franceses, 540 y 541 Sardos, 626 y 627 de la Luisiana, 867 Holandes, 415 y 416 de Vaud, 553 y 554 Napolitanos; vé el artílo 469.

ARTICULO 471.

Las disposiciones de los artículos 439, 449 y 462 al 469 inclusive, son aplicables á los derechos de uso y habitacion.

625, 626 y 627 Franceses, 623 y 624 de la Luisiana, 865 y 866 Holandeses, 537 al 539 Sardos, 412 al 414 de Vaud, 550 al 552 Napolitanos.

Concuerda con el testo del título 5, libro 2, Instituciones, y en cuanto á la fianza con la ley 5, título 9, libro 7 del Digesto. «Deve dar buenos fiadores, que usará de la cosa á buena fé, así como buen ome;» leyes 20 y 27, título 31, Partida 5; *ut bonus pater familias uti debet,* ley 15, título 8, libro 7 del Digesto.

El usuario debe dar fianza, previo inventario ó descripcion, salvo cuando la cosa queda en poder del propietario: si el uso absorbe todos los frutos de la cosa, está obligado á las mismas cargas que el usufructuario. El uso se constituye y estingue por los mismos modos que el usufructo, con dos diferencias: no puede constituirse por parte, ni en él ha lugar el derecho de acrecer, porque está limitado á lo necesario.

ARTICULO 472.

El uso da derecho á percibir de los frutos de una cosa agena los que basten á las necesidades del usuario y su familia, aunque esta se aumente.

La habitacion da igualmente derecho á ocupar en una casa agena las piezas necesarias para si y las personas de su familia.

630, 632 y 633 Franceses, 621 y 622 de la Luisiana, 542, 544, y 545 Sardos, 417, 419 y 420 de Vaud, 536 y 537 Napolitanos, 868 y 873 Holandeses, añadiendo: «No hay diferencia entre el derecho de habitacion y el derecho de uso de una casa,» lo que tambien se espresa en el 537 Napolitano.

Concuerda en cuanto al *uso* con el párrafo 2, título 5, libro 2, Instituciones, y en cuanto á la *habitacion* en parte con el párrafo 5, trasladados á las leyes 20, 21 y 27, título 31, Partida 7.

Era imposible conservar las sutilísimas distinciones ó diferencias de las leyes Romanas y de Partida entre el uso de una casa y la habitacion, cuando en sencilla razon deben ser y son una misma cosa: «La habitacion no es otra cosa que el uso de una casa; son pues aplicables á la habitacion todas las reglas relativas al uso, «dice Mr. Garry en el discurso 48; y antes lo habia dicho Ulpiano, siguiendo á Papiniano en la ley 10, título 8, libro 7 del Digesto: *Effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis;* no haré, pues, mérito de las diferencias.

Los que basten á las necesidades del usufructuario: Minus juris est in usu, quam in usufructu, párrafo 1, título 5, libro 2, Instituciones: «Non se puede aprovechar del tan lleneramente como del usufructo.» Ley 20, título 31, Partida 3. El usufructo comprende todos los frutos; el uso no mas que los necesarios para subsistir; pero la necesidad se ha de graduar por la posicion y circunstancias particulares del usuario: *Larguis cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus.* Ley 12, párrafo 1, título 8, libro 7 del Digesto. Y no necesita tomarlos diariamente; si son de los que suelen conservarse, podrá hacer la provision necesaria para el año; pero muriendo antes de haberla consumido, habrá de restituirse lo restante.

Y su familia, aunque esta se aumente. Siendo imposible separar las necesidades de un individuo de las de su muger é hijos, está el usuario autorizado á tomar todo lo necesario á la subsistencia de la familia, aunque no fuera padre ni esposo al constituirse este derecho en su favor. Los parientes á quienes el usuario no está obligado á dar alimentos, no se consideran comprendidos en la palabra *familia,* si no vivian con él cuando se le concedió el uso.

De aquí infieren por analogía los intérpretes, que el uso de córte de leña, concedido á un pueblo de pocos vecinos, aprovecha á todos los que vengan á establecerse en él, aunque se aumente el vecindario.

La habitacion, etc.: entiéndase de ella lo espuesto sobre el uso, pues que son una misma cosa en cuanto á casas.

ARTICULO 473.

El usuario y el que tiene derecho de habitacion no pueden enagenar ni arrendar su derecho á otro.

631 y 634 Franceses, 545 y 546 Sardos, 418 y 421 de Vaud, 556 Napolitano, 634 y 639 de la Luisiana, 870 y 874 Holandeses.

Nec ulli alii jus quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, ley 11 al fin, título 8, libro 7 del Digesto, y párrafo 1, título 5, libro 2, Instituciones, *quum is qui usumfructum habet, possit haec omnia facere.*

Las leyes 4, 12, párrafo 4, y 22 del mismo título, contienen ejemplos en que es permitido al usuario el arriendo por haber conjeturas de que asi lo quiso el testador: pero esto rigorosamente no es una escepcion de este artículo, sino una consecuencia del 470; la primera ley y regla es el título constitutivo; la voluntad tácita equivale á la espresa.

«Non puede logar nin emprestar á otro.» Leyes 20 y 21, título 31, Partida 3.

La razon de esta diferencia entre el usufructo y el simple uso es, que todo usufructuario, sin distincion de personas, hace siempre suyos todos los frutos; es, pues, indiferente al propietario la persona del que ejerce este derecho.

En el usuario todo es personal, y se amplia ó limita el derecho segun su condicion, dignidad y familia; circunstancias que pueden variar aun despues de haber principiado el uso, y no son adaptables al comprador, arrendatario ó cesionario: vé el artículo 445.

ARTICULO 474.

El que tiene el derecho de uso sobre un rebaño ó piara de ganado puede aprovecharse de las crias, leche y lana, en cuanto baste para su consumo y el de su familia, y de los estiércoles necesarios para el abono de las tierras que cultive.

871 Holandes y ley 21, tít. 31, Partida 3, que, ademas del estiércol, habla de la leche, queso, lana y cabritos: el párrafo 4, título 5, libro 2, Instituciones, solo concedia al usuario el aprovechamiento del estiércol para *sus heredades*: pero esta restriccion es tan inmotivada como insostenible.

ARTICULO 475.

Si el usuario y el que tiene el derecho de habitacion consumen res-

pectivamente todos los frutos de los bienes ú ocupan todas las piezas de la casa sobre que estan constituidos sus derechos, quedan obligados á todos los gastos de cultivo, reparaciones y pago de contribuciones, lo mismo que el usufructuario; pero si solo consumen parte de los frutos ó solo ocupan parte de la casa, no deben contribuir con nada, siempre que al propietario le quede una parte de frutos ó aprovechamientos, bastantes para cubrir los gastos y cargas.

635 Frances, 547 Sardo, 875 Holandes, 641 de la Luisiana, 422 de Vaud, 558 Napolitano.

Si talis sit res, cujus usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. Ley 18, título 9. *Quoniam igitur omnis fructus ad eum pertinet, reficere quoque eum ædes per arbitrum cogi*; ley 7, párrafo 2, título 1, libro 7 del Digesto; y aunque esta ley 7 habla del usufructuario, la razon que da es igualmente aplicable al usuario en el caso de la primera parte de este artículo que en pura plata encierra un verdadero usufructo.

La ley 22, título 31, Partida 3, es tan espresa como nuestro artículo y mucho mas que las Romanas en esta primera parte: «Si la cosa fuesse tan pequeña que el solo se llevasse todo el esquilmo por razon del uso que avia en ella: tenudo seria de la aliñar é de la guardar, é de *pechar* por ella, assi como sobredicho es;» se refiere á las cargas y obligaciones del usufructuario.

Pero si, etc.: esta segunda parte es conforme á la citada ley 22 de Partida, que releva espresamente de toda carga al usuario; y puede decirse lo mismo de la 18 Romana de donde fué tomada aquella. *Usuarii semper prior ratio est.* Leyes 42, título 1, y 15, título 8, libro 7 del Digesto. Al usuario ha de darse lo necesario, y no se le da, si se le hace contribuir mientras quede para el propietario un esceso de frutos, con los que pueda cubrir las cargas: si estas son superiores, vendrá á estarse en el primer caso del artículo 679; valdrá el legado si el testador sabia la superioridad de las cargas.

TITULO V.

DE LAS SERVIDUMBRES.

CAPITULO PRIMERO.

De las servidumbres en general.

No será inútil recordar lo que espuse en cabeza del título anterior sobre la division de las servidumbres en *personales* y *reales*.

Así, la palabra *servidumbre*, usada genéricamente, comprende las dos especies; pero el nombre del género se aplica muchas veces á una sola especie; y aquí denota por escelencia las servidumbres *reales ó prediales*, que son las mas frecuentes y de mayor importancia.

Y no es esto una mera innovacion del Código Frances y demas modernos. En el Derecho Romano observamos lo mismo: todo el libro 7 del Digesto está consagrado al usufructo, uso y habitacion; el título 1 del libro 8 lleva el sencillo epígrafe de *servitutibus*, y sin embargo, en él y en todos los otros títulos de aquel libro no se trata sino de las *reales*.

La ley 1, título 31, Partida 3, abunda en el mismo concepto, pues define generalmente la servidumbre. «Derecho é uso que ome ha en los edificios ó en las heredades agenas para servirse dellas á pro de las suyas;» y luego, como por escepcion, añade las personales.

Escusado es observar que las servidumbres, como todos los derechos, son cosas incorporales, y que, afectando únicamente á bienes inmuebles, tienen el mismo concepto y carácter que estos: vé el artículo 380, número 8.

Pasarán, pues, las servidumbres activa y pasivamente segun el artículo 480 con las mismas fincas; *¿quid enim aliud sunt jura prædiorum quam ipsa prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?* Ley 86 *de verborum significatione.*

Son respectivamente un derecho y una carga puramente real, sin mezcla alguna de obligacion personal, y por esto han de consistir *in patiendo, vel in non faciendo*, no en hacer segun la mencionada ley 15.

Entre los Romanos, despues de largas contiendas, solo se admitió una escepcion á esta regla general en la servidumbre *oneris ferendi*: el dueño del pilar ó pared sirviente podia obligarse á repararla y conservarla en estado de sostener la del vecino.

Pero ni en este caso se contraia verdadera obligacion personal, porque el dueño de la pared sirviente quedaba libre con abandonarla.

El artículo 699 Frances, copiado en los Códigos modernos, ha hecho de esta escepcion una regla general para todas las servidumbres; y en verdad que no se descubre razon sólida de diferencia entre la servidumbre *oneris ferendi* y todas las otras, aunque los tres discursos franceses 49, 50, y 51 callan sobre esto.

Podrá por lo tanto imponerse esta obligacion de hacer ó conservar el predio sirviente en estado de prestarse á la servidumbre; pero únicamente afectará al mismo predio y se saldrá de ello abandonándolo.

Esta disposicion se hace casi necesaria en los Códigos modernos, porque comprenden en este título las servidumbres legales, cuya mayor parte lleva la obligacion de hacer, reparar ó conservar.

El Derecho Romano y Patrio no comprendieron estos gravámenes entre las servidumbres, y les dedicaron títulos separados, como se vé en los tres primeros del libro 39, y en casi todos del 43 del Digesto, y en el título 32, Partida 3, sobre «las labores nuevas, etc.»

ARTICULO 476.

La servidumbre es un gravámen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra, perteneciente á distinto dueño.

La finca ó heredad, en cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; la finca ó heredad que la sufre, predio sirviente.

Su primer párrafo es el artículo 637 Frances, 539 Napolitano, 643 de la Luisiana, 548 Sardo, 424 de Vaud, 721 Holandes. La ley 15, título 1, libro 8 del Digesto, y la 1, título 31, Partida 3, la definen como derecho por considerarla con relacion al dueño del predio dominante. Pero como la palabra *servidumbre* envuelve por sí sola un concepto pasivo, al paso que la palabra *derecho* lo envuelve activo, hay mas propiedad en definirla como carga ó gravámen.

Sobre una finca ó heredad, etc. Ha de haber, pues, dos fincas ó heredades y han de pertenecer á diferentes dueños, porque *nemini res sua servit*, ley 26, título 2, libro 8 del Digesto; y el gravámen de la una ha de tener por objeto la utilidad ó servicio de la otra; esto último es lo que se llama *la causa de la servidumbre*, y sin ella *non valet servitus*, de lo que hay elegantes ejemplos en la citada ley 15.

Si el gravámen se impusiera, no en utilidad de otra finca, ni en consideracion á ella, sino para comodidad ó recreo de la persona, dejaria de ser servidumbre predial, pasando á personal innonimada; lo mismo seria cuando, constituyéndose en utilidad de otra finca, se designa la persona que únicamente ha de gozar de ella. Ley 4, título 5, libro 8.

Habiéndose dado lugar en este título, con el nombre de *servidumbres legales*, á ciertos gravámenes que el Derecho Romano y Patrio no comprendieron bajo aquel nombre, y los trataron separadamente, podrá suceder en algun caso que el gravámen ó servidumbre no tenga por objeto precisa y exactamente la utilidad de una finca determinada, sino la de muchas en general ó el ornato y servicio públicos.

ARTICULO 477.

Las servidumbres están constituidas para el servicio y comodidad de

un edificio ú otro establecimiento de este género, ó para servicio de las heredades ó fincas rústicas.

Las de la primera especie se llaman urbanas, sin consideracion á que la finca, á cuyo favor esté constituida, se halle en poblado ó en el campo, y rústicas las de la segunda.

687 Frances, 608 Napolitano, 630 Sardo, 707 de la Luisiana: *ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint:* párrafo 1, título 3, libro 2, Instituciones. *Urbana prædia omnia ædificia accipimus: non solum ea quæ sunt in oppidis:: quia urbanum prædium non locus facit, sed materia,* ley 198 *de verborum significatione:* concuerda con la ley 1, título 31, Partida 3.

Sin consideracion, etc. A pesar de los testos romanos citados, todavia se disputó si el lugar ó destino económico, y no la materia, debian decidir de la naturaleza *rústica* ó *urbana* del predio; y esta manía no perdonó á la citada ley 1 de Partida, aunque es mas clara que el sol.

El artículo corta estas dudas, hoy dia enteramente inútiles, pues no se conserva diferencia alguna entre servidumbres rústicas y urbanas. La habia entre los Romanos por considerarse las primeras *res mancipi*, y las segundas no; y la habia por nuestras leyes en cuanto á perderse por el no uso.

Entre las servidumbres rústicas, las mas comunes eran *iter*, *actus*, *via*, *aquæductus* y otras; entre las urbanas las de *oneris ferendi*, *stillicidii recipiendi*, *vel non recipiendi*, de levantar mas alto, de vistas, luces, etc.

ARTICULO 478.

Las servidumbres son continuas y discontinuas.

Las primeras son aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervencion de ningun hecho del hombre, como son las servidumbres de lucés y otras de la misma especie.

Las segundas son aquellas cuyo uso necesita algun hecho actual del hombre, como son las de senda, carril y otras de esta clase.

688 Frances, 589 Napolitano, 637 Sardo, 724 Holandes y 723 de la Luisiana.

Segun las leyes 15 y 16, título 31, Partida 3, es continua la servidumbre: «Seyendo de tal natura que ficiese servicio á otri cotidianamente sin obra de aquel que la recibe, así como aguaducho:: ó si alguno oviesse viga metida en pared de su vecino; ó abriesse finiestra en ella por do entrasse lumbre á sus casas; ó le contrallasse que non alzasse su casa, porque non le tollesse la lumbre, etc., ó otras semejantes dellas, de que ome se aprovechasse sin obra de cada dia.»

Discontinuas: «Las otras servidumbres que non usan dellas los omes

cada dia, mas á las vezes, é con fecho, assí como senda, carrera, ó agua que viniesse una vez en la semana, ó en el mes, ó en el año, ó otras semejantes dellas:» no puede desearse mayor claridad sobre este punto.

En Derecho Romano no se halla una distincion tan clara de estas dos especies de servidumbres; pero la ley 7, título 6, libro 8 del Digesto, cuyo epígrafe es *de servitutibus, cujus usus non est continuus*, prueb que las conocieron, y admitieron sus principales diferencias, al menos en cuanto á perderse las contínuas por el no uso de menor tiempo.

Los diferentes efectos que produce la continuidad ó discontinuidad de las servidumbres se verán en los artículos 537, 538 y en el número 2 del 545.

Incesante: basta que pueda serlo sin necesidad de hecho actual del hombre cuando quiere usarla; y por eso algunos la definen: *Cujus actus, seu usus, quantum ex se est, perpetuo et continuo durat.*

ARTICULO 479.

Son aparentes las que se anuncian por obras ó signos esteriores dispuestos á su uso y aprovechamiento, como una puerta, una ventana, un cauce ú otras semejantes.

Son servidumbres no aparentes las que no presentan signo esterior de su existencia, como el gravámen de no edificar en cierto lugar, el de no levantar un edificio sino á una altura determinada y otros parecidos.

689 Frances, 610 Napolitano, 725 Holandes, 724 de la Luisiana y 659 Sardo.

Los diversos efectos de esta division se notan en los artículos 537 y 538.

Suele tambien hacerse otra distincion de las servidumbres en *afirmativas* y *negativas*. Las primeras consisten *in patiendo* que otro haga algo en nuestra heredad, como la de paso; las segundas *in non faciendo* lo que podiamos hacer en nuestra cosa; tales son las del párrafo segundo del artículo: de consiguiente, todas las servidumbres *negativas* son *no aparentes.*

De las afirmativas dice Rogron que pueden ser aparentes y no serlo: la de paso, por ejemplo, será aparente, si se manifiesta por un camino ó puerta que dé sobre la heredad del vecino; y será no aparente, cuando no hay signo alguno esterior que la indique.

Yo creo que puede decirse con la misma generalidad y seguridad, que todas las afirmativas son aparentes: la de paso nunca se constituye sin marcar el terreno por donde deba usarse, y el acto mismo de usarla es ostensible: vé el artículo 507.

ARTICULO 480.

Las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

Vé lo que he espuesto en cabeza de este capítulo antes del artículo 476, y la ley 12, título 4, con la 12, título 6, libro 8 del Digesto, y el párrafo 3, título 3, libro 2, Instituciones. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quia sine prædiis consistere non possunt, etc.*

La ley 12, título 31, Partida 3, dice: «Porque la servidumbre es de tal natura, que non se puede apartar de la heredad, ó del edificio en que es puesta:» y añade una escepcion, que en rigor no lo es, porque constituiria una nueva servidumbre.

ARTICULO 481.

Las servidumbres son indivisibles: si el predio sirviente se divide entre muchos dueños, la servidumbre no se modifica, y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le cupiere.

Si es el predio dominante el que se divide entre muchos, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso ni agravándola de otra manera.

Concuerda con la ley 2, párrafo 2, y el principio de la 72, título 1, libro 47 del Digesto: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterorumque servitutum.* Las servidumbres no pueden constituirse ni adquirirse por partes, *quia usus earum indivisus est*, leyes 8, párrafo 1, y 11, párrafo 1, y 17, título 1, libro 8 del Digesto; ni remitirse ó perderse del mismo modo; leyes 34, título 3, y 10, título 6 de dicho libro.

Pero bien puede señalarse el modo ó restriccion con que haya de usarse de la servidumbre: *modum adjici servitutibus posse constat*; ley 43, título 1, libro 8 del Digesto, que pone de ello varios ejemplos.

«La servidumbre non se puede partir. Si muriese aquel á quien fuesse fecho el otorgamiento, magüer dexase muchos herederos, cada uno dellos puede demandar toda la servidumbre. Si el que oviesse otorgado la servidumbre en lo suyo se muriesse é dexase muchos herederos, puede ser demandada la servidumbre toda enteramente á cualquier dellos;» ley 9, título 31, Partida 3; vé los artículos 1075 y 1076.

ARTICULO 482.

Las servidumbres provienen de la ley ó de la voluntad de los propietarios.

El 639 Frances, copiado en los Códigos modernos, añade: «ó de la situacion natural de los lugares:» en nuestro artículo se omite, porque la situacion sola no bastaria sin la sancion de la ley; procede, pues, de esta.

Téngase presente el final de mis observaciones en cabeza de este capítulo sobre la diferencia del Derecho Romano y Patrio con los Códigos modernos; aquellos al tratar de servidumbres no comprenden sino las que proceden de la voluntad del hombre; vé tambien lo espuesto en el artículo 476.

De la voluntad: por acto entre vivos ó en testamento: la prescripcion procede de la ley y aun de la voluntad presunta.

CAPITULO II.

De las servidumbres impuestas por la ley.

De la denominacion de *servidumbres legales ó impuéstas por la ley* no se debe sacar la consecuencia que no pueden ser derogadas ó modificadas por la voluntad del hombre: la ley solo obra en ellas á falta de todo convenio. Pero esto, que es cierto en las servidumbres legales, que tienen por objeto el interes de los particulares, no lo será en las que se atraviesa la utilidad pública ó comunal: *privatorum pactis juri publico non derogatur*: artículo 11.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 483.

Las servidumbres establecidas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó comunal, ó el interes de los particulares.

649 Frances, 437 de Vaud, 564 Sardo, 571 Napolitano, 660 de la Luisiana.

Vé los artículos 391 y 392 con lo en ellos espuesto; en cuanto al interes de los particulares vé el artículo 506; y nótese que muchas de las servidumbres legàles llevan consigo la obligacion de hacer contra la

regla general en esta materia: *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis: Sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* Ley 15, párrafo 1, título 1, libro 8 del Digesto; pero cesará la obligacion de hacer abandonando la finca gravada segun tengo antes observado.

SECCION II.

DE LAS SERVIDUMBRES DE AGUAS.

En esta seccion se trata de aguas respecto de predios rústicos; en la séptima, respecto de edificios ó predios urbanos.

Nadie puede desconocer lo importante y delicado de esta materia, sobre todo en paises esencialmente agrícolas y escasos de aguas como el nuestro; pero su acertado arreglo corresponde mas bien á la administracion encargada del fomento de la industria y agricultura, y de satisfacer las necesidades públicas que puede y debe conocer, que á una reunion corta y aislada de jurisconsultos.

Por estas consideraciones la Seccion del Código civil, con la debida modestia y con los mayores deseos del acierto, ofició al Presidente del Consejo de agricultura, acompañando copia del articulado, para que aquella respetable é ilustrada corporacion se sirviese hacer las observaciones convenientes: la economía del tiempo aconsejaba esta comunicacion directa.

Pero como corriese el tiempo, y no se recibiese contestacion, se repitió oficio al señor Ministro del ramo para que escitase el celo del Presidente y Consejo, y se evacuase el informe deseado.

Este paso fué seguido del mismo silencio, y la Seccion tuvo que apelar al último recurso, oficiando al señor Ministro de Gracia y Justicia con copia de todos los antecedentes, para que se sirviera interponer sus buenos oficios con el de Comercio.

Igual silencio: la Seccion no recibió informes ni una simple respuesta á ninguno de los tres oficios, y destituida del poderoso auxilio que buscaba y debia esperar en la administracion, arregló los trabajos como pueden hacerlo simples jurisconsultos.

Desde muy antiguo en ningun pais ha prosperado tanto la agricultura como en la Lombardía y en el Piamonte; y cuantos han escrito sobre esta materia, señalan unánimemente por causas de la prosperidad:

1.° El reconocerse como dependencias del dominio público (Estado, segun nuestro artículo 386) todos los rios, sin distincion de navegables ó flotables, y todos los torrentes; en suma, todas las aguas corrientes que no sean de propiedad privada segun nuestro artículo 488.

2.° La servidumbre legal de aqüeducto, ó la facultad concedida á

cada uno para conducir por las heredades de otros para el riego de sus campos ó usos de sus fábricas las aguas de que puede disponer.

En efecto, estas dos máximas ó principios, consignados hoy espresamente en los artículos 420 y 622 del Código Sardo, rigieron desde muy antiguo en la Lombardía y el Piamonte, y han sido observados como costumbres aun en los períodos de haber pasado á dominacion extranjera, cuyas leyes no los reconocian.

El artículo 538 Frances declara dependencias del *dominio público* los rios navegables ó flotables: pero se pretende que no es restrictivo, ni esclusivo, y que debe darse el mismo concepto á todas las otras aguas corrientes, salvo lo dispuesto en los artículos 644 y 645 tambien Franceses.

El citado artículo 420 Sardo no está sujeto á las dudas que el Frances, y declara *pertenencias del regio dominio los rios y torrentes.*

El nuestro 386, en su número 5, es si cabe aún mas claro y espreso que el Sardo. Pertenecen al Estado «los rios, aunque no sean navegables, y toda agua que corre perennemente.»

Por lo demas, importa poco la variedad de palabras «Dominio público, Regio dominio, Estado:» el espíritu de los tres artículos es uno mismo; en ellos se entiende la pertenencia de las aguas en el sentido que la de todas las cosas, cuyo uso pertenece á todos y la propiedad á ninguno, por no ser susceptibles de propiedad privada; el Estado no ejerce en ellas sino un derecho de proteccion para asegurar su goce á todos; á diferencia de las que por estar en el comercio de los hombres y ser susceptibles de propiedad privada, puede el Estado adquirirlas y y transmitirlas bajo este mismo concepto.

El uso de toda agua corriente para las necesidades comunes de la vida es de derecho natural, como el del aire que se respira; *naturali jure communia sunt aer, aqua profluens*, dice muy bien el párrafo 1, título 1, libro 2, Instituciones; nadie podrá impedirme que beba ó tome para beber, ni que abreve en ella mis ganados, pero esta misma agua en cuanto sirve á la navegacion, industria, agricultura, ú otros usos ligados con el interés público, es pertenencia del Estado, y á su Gobierno toca hacer concesiones y regularlas: bajo este aspecto es una propiedad imprescriptible é inalienable, porque es de su esencia el quedar siempre en comun.

Las concesiones mismas no serán sino un acto de policía y administracion, revocable cuando no subsistan ya los motivos porque fueron hechas, ó cuando las circunstancias exijan disposiciones diferentes y aun contrarias. No son enagenaciones absolutas; no pueden ser, ni son mas que concesiones precarias facultades revocables cuando lo exijan el interes y las necesidades públicas.

Los concesionarios, sean compañías ó individuos particulares, deben ser considerados, aun en las concesiones perpétuas, bajo dos aspectos.

Por lo que hace al Estado, cuyo lugar ocupan, no tienen mas derechos que los que tendria el mismo; pueden disponer de la cosa, pero á condicion de que estará siempre comprendida en las dependencias del dominio público, y sujeta como tal á ciertos usos y restricciones.

Respecto de los simples particulares, y bajo la restriccion anterior, los concesionarios tienen una verdadera propiedad privada, sobre la que pueden hacer toda especie de convenciones y dar todos los derechos que son compatibles con el carácter de dominio público inherente á la cosa que es esencialmente comun á todos, y por esto mismo inalienable é imprescriptible.

La Comision general habia trasladado al número 5 de nuestro artículo 386 el principio del 420 Sardo, reconocido por todos como una de las dos principales causas del desarrollo y estado floreciente de la agricultura en el Piamonte y la Lombardia: el paso estaba ya dado; la Seccion no podia vacilar ni debia alterarlo.

En cuanto al segundo principio, ó servidumbre legal de acueducto por las heredades intermedias, consignado en el artículo 622 del Código Sardo, abogaban por su adopcion no solo el sentir unánime de Jurisconsultos y economistas, sino la autoridad respetable de leyes nacionales y extrangeras.

Entre los Franceses ha sido recientemente elevado á ley por la de 29 de abril de 1845, y entre nosotros por la de 24 de junio de 1849, en su capítulo 2; pero conviene saber que siglos antes era ya ley en Cataluña, segun aparece de las Córtes de Monzon, habidas por Don Felipe II en 1585, ó Constitucion 7, título 4, libro 4; por manera que puede dudarse si es de origen español ó estranjero.

El artículo 622 Sardo establece esta servidumbre para el riego de las heredades, *ó para el uso de los edificios*; la ley Francesa en su artículo 1, y la Española en el suyo 6, hablan únicamente de riegos, (*pour l' irrigation de ses propietés, al riego de terrenos que le pertenezcan*): nuestro artículo 496 dice: « para riego de sus tierras ó para el uso de alguna fábrica. »

Se vé, pues, que no es tan lato como el Sardo, pues á la palabra general *edificios* de este ha substituido la de *fábrica*, que solo es aplicable á establecimientos industriales; ni tan restringido como los de las leyes mencionadas, que se limitan al riego de heredades ó terrenos propios.

La industria es en sí misma un elemento de riqueza pública, y puede serlo tan principal, ó mas, que la agricultura, cuyos productos con-

sume, cuyas primeras materias emplea aumentando asi el valor de unos y de otras: ademas, contribuye á la baratura de muchos objetos que el labrador y ganadero consumen por necesidad, comodidad ó placer: ¡feliz el pais en que una y otra se hermanan y auxilian!! Mientras esto no acontezca en España, es muy de temer que sean vanos los esfuerzos en favor de la agricultura.

Tal vez se dirá que el fabricante es dueño de establecer su fábrica donde quiera, y por lo tanto no le es necesaria esta servidumbre como lo es al propietario de heredades, sitas siempre en un mismo lugar é inamovibles.

Pero no todas las localidades son igualmente á propósito para el establecimiento de una fábrica: algunas, por ejemplo, se prestarán á un salto de agua, y otras no: las mas veces el fabricante no será, ni podrá ser propietario de la finca ó localidad mas próxima al agua: dejemos obrar al interes privado: ninguno se cargará con la responsabilidad de la indemnizacion mientras razonablemente pueda evitarla.

Por lo demas, no puede negarse que esta servidumbre, aun limitada al riego, tiene mucho de espropiacion forzada, que es una escepcion á la plenitud del derecho de propiedad, y por lo tanto debe interpretarse extrictamente en su aplicacion.

De aquí viene el encargo que en el artículo 493 se hace á los tribunales sobre el respeto debido á la propiedad, la prueba prévia de los números 1 y 2 del artículo 500, y la grave indemnizacion que se exige en los números 3 y 4 del mismo, y no alcanza á la servidumbre de paso del artículo 506.

Hay en efecto una gran diferencia entre una y otra: la de paso procede de una absoluta necesidad, pues de otro modo la heredad enclavada seria perdida para el propietario; la de aqüeducto se funda en pura utilidad y muchas veces disputable: asi no es tan favorable como la primera.

Pero el dueño del predio sirviente no podrá hacer otro uso del agua, aun dentro de su finca, que el que todos tienen por derecho natural en toda agua corriente, segun he notado arriba, mas no aplicarla al riego de la finca: esto menoscabaria el derecho privado del otro sobre las aguas, que podria ser completamente ilusorio, habiendo muchas heredades intermedias.

La ley Francesa es mucho menos circunstanciada y minuciosa que el Código Sardo; la nuestra de 1849 se le acerca mas, y encierra todo su fondo; nuestro articulado viene á ser una copia del mismo.

La Francesa en su artículo primero solo prescribe en términos generales la justa y prévia indemnizacion: la Española en el suyo octavo añade el 3 por 100; el artículo 627 Sardo añade el quinto del valor del

terreno ocupado; segun nuestro artículo 500 se ha de pagar la estimacion y un 10 por 100 mas. Se vé, pues, que en este punto la ley Francesa es la mas favorable ó la que menos grava al pretendiente de la servidumbre de aqüeducto, pues únicamente le sujeta á indemnizacion; la ley de 1849 le grava ademas con un 5 por 100; nuestro artículo con un 10; el Sardo con un 20. El aumento de gravámen parece razonable atendido lo escepcional, por no decir odioso, de la servidumbre, y que el pretendiente se propone sacar de ella grandes utilidades: el cuarto es todo de prudencia y de modo de ver, por lo que no debe estrañarse la variedad del 5, 10 y 20.

ARTICULO 484.

Los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente, y sin obra del hombre caen de los superiores, así como la tierra ó piedra que arrastran en su curso.

Ni el dueño de un predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.

640 Frances, 551 Sardo, 656 de la Luisiana, 562 Napolitano, 673 Holandes, 426 de Vaud, el cual añade: «El propietario superior podrá reunir sus aguas en zanjas ó aqueductos y hacerlas correr de esta manera sobre la heredad inferior.»

Tria sunt per quæ inferior locus superiori servit; lex, natura loci, et vetustas, quæ semper pro lege habetur; ley 2, título 3, libro 39 del Digesto, copiada en la 14, tít. 32, Partida 3. «Tres maneras son etc.: *Semper hanc esse servitutem prædiorum inferiorum, ut natura aquam profluentem excipiant. Agri naturam esse servandam, et semper inferiorem superiori servire*, ley 1, párrafo 23. *Idem sciendum est, hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam quæ natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere; et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet*, dicha ley 1, párrafo 13. *Quod si, opere facto, aqua aut in superiorem repellitur, aut in inferiorem derivatur, aquæ pluviæ arcendæ actionem competere*; la misma, párrafo 10, título 3, libro 39 del Digesto.

Las leyes 13 y 14, título 32, Partida 3, han copiado las Romanas.

Sin obra del hombre: compréndese en ella la plantacion de sauces ú otras plantas, *si ob hoc aqua restagnaret*, párrafo 6, y generalmente, *cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret: si forte immitendo eam, aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem; aut si comprimendo eam, redundare effecit*, párrafo 1; pero no se comprende la obra que *agri colendi causa aratro factum sit*, párrafo 3, de dicha ley 1.

En el párrafo 23 se dice que la incomodidad del predio inferior se compensa con la ventaja del abono y sustancia que recibe: en cuantos casos ocurran sobre este artículo y los dos siguientes será utilísimo consultar el mencionado título 3 Romano, tan abundante en pormenores, como equitativo en las decisiones.

ARTICULO 485.

El dueño de un predio en que existen obras defensivas para contener el agua, ó en que, por la variacion de su curso, sea necesario construirlas de nuevo, está obligado á hacer los reparos ó construcciones necesarias, ó á tolerar que, sin perjuicio suyo, los hagan los dueños de los predios que esperimenten, ó estén inminentemente espuestos á esperimentar daño.

Aggerem qui in fundo vicini erat, vis aquæ dejecit; per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. El jurisconsulto Paulo, despues de referir las opiniones encontradas de Varo y Labeon, opina que tendré accion contra el vecino, *si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est*; y concluye con la hermosa máxima, *hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.* Ley 2, párrafo 5, título 3, libro 39 del Digesto; tan hermosa es la sentada en el párrafo 11 de la ley 1, *prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur.*

Igual es el espíritu y fundamento del artículo siguiente 486 conforme con la 15, título 32, Partida 3, y la citada ley 2, párrafos 1, 2 y 6.

Sobre lo que pueda hacer el dueño de una heredad para defenderla contra las injurias del rio fortaleciendo su ribera, aunque por ello se cambie algun tanto el curso del mismo, son dignos de leerse los párrafos 6 y 7 de la ley única, título 15, libro 43 del Digesto.

ARTICULO 486.

Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable al caso en que sea necesario desembarazar algun predio de las materias, cuya acumulacion ó caida impide el curso del agua con daño ó peligro de tercero.

Vé lo espuesto en el anterior. *Fossa vetus erat agrorum siccandorum causa; hanc inferior vicinus non purgabat; sic fiebat ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquæ pluviæ arcendæ cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere*, ley 2, párrafo 1: *si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiori agi, ut sinat purgari: hanc*

enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, verum etiam in omnibus, quæ non secundum voluntatem sint, párrafo 6. *Si de eo opere agatur, quod manufactum sit, omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur: si vero vi fluminis ager deletus sit, aut glarea injecta, aut fossa limo repleta, tunc patientiam dumtaxat præstandam*, ley 11, párrafo 6 del mismo título 5, libro 39.

Todas estas leyes Romanas se hallan refundidas con precision y claridad en la 15, título 32, Partida 3; y téngase presente que, aunque su disposicion es general, los ejemplos se contraen al fundo inferior, porque en él ocurrirá con mas frecuencia el caso previsto en ellas y en nuestro artículo.

ARTICULO 487.

Todos los propietarios que participen del beneficio proveniente de las obras de que tratan los dos artículos anteriores, están obligados á contribuir al gasto de su ejecucion en proporcion á su interes.

Los que por su culpa hubieren ocasionado el daño serán responsables de los gastos.

Conforme con la citada ley 15 de Partida: si el interes ó provecho es comun, deben serlo tambien los gastos en la misma proporcion: lo cómodo y lo incómodo son correlativos segun la 10 de *regulis juris*; y la culpa lleva siempre la responsabilidad á los daños.

ARTICULO 488.

El dueño de un predio en que hay una fuente, puede usar de su agua libremente, sin perjuicio del derecho que el dueño del predio inferior haya adquirido por título ó por prescripcion.

La prescripcion en este caso solo se adquiere por el goce no interrumpido por treinta años, contados desde que el dueño del predio inferior ha construido obras destinadas á facilitar la caida ó curso de las aguas.

641 Frances, 563 Napolitano, 555 Sardo, 427 de Vaud, 674 Holandes.

Concuerda con las leyes 8 y 10, título 3, libro 39, y con la 4, título 20, libro 43 del Digesto, *in concedendo jure aquæ non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum, quibus servitus aquæ debebatur, voluntas exquiritur: nec immerito: cum enim minuitur jus eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant.*

La 4, título 34, libro 3 del Código, dice: *aquam quæ in alieno loco oritur, sine voluntate ejus, ad quem usus ejusdem aquæ, Prætoris edictum non permitti ducere*; la 6, *Cum sit durum et crudelitati*

proximum, ex tuis prædiis aquæ agmen ortum sitientibus agris tuis ad alienum usum propagari. La 15, título 31, Partida 3, dispone lo mismo.

Adviértase que en este artículo y en los siguientes hay un derecho mas bien que una servidumbre, y este derecho es una consecuencia del 394; el propietario de la heredad lo es tambien del agua que nace en ella, y puede sacarla para su utilidad ó placer, segun quiera.

O prescripcion: vé el artículo 537 y sus referencias.

Ha construido obras, etc.; porque se presume que han sido construidas á virtud de convenios particulares; y esta presuncion sirve de base á la prescripcion.

ARTICULO 489.

La propiedad que sobre las aguas pertenece al Estado se entenderá sin perjuicio de los derechos que sobre las mismas hubieren adquirido las corporaciones ó personas particulares por título ó prescripcion.

El ejercicio de la propiedad de las aguas, bien permanezca en el Estado, bien se haya transferido á corporaciones, ó personas particulares, está sujeto á lo que se dispone en los artículos siguientes.

La propiedad ó bienes del Estado quedan por regla general sujetos á prescripcion, artículo 388, salvo cuando por la ley se dispone espresamente lo contrario, artículo 1991, y de ello hay un ejemplo en el siguiente 490.

La propiedad, etc.: la de todos los rios, aunque no sean navegables, la de toda agua que corre perennemente segun el número 3 del artículo 386: vé lo allí espuesto, y la mayor latitud que el Derecho Romano concedia á los particulares, *quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit, nisi Imperator aut Senatus vetet: si modo ea aqua in usu publico non sit, sed si aut navigabile est, aut ex eo aliquid navigabile fit, non permittitur aquam ducere,* ley 10, título 12, libro 43 del Digesto.

El ejercicio de la propiedad, etc. La de las aguas es de una índole especialísima, como que sirven para las primeras necesidades y otros usos indispensables de la vida, para los intereses mas vitales del Estado, navegacion, agricultura, industria. No es, pues, de estrañar que su propiedad (sea cual se quiera el propietario) quede sujeta á restricciones en lo que dice relacion con aquellos grandes objetos.

ARTICULO 490.

Nadie puede usar del agua de los rios de modo que perjudique á la navegacion, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos, balsas, ó el uso de otros medios de trasporte fluvial. En los casos de este artículo no aprovecha la prescripcion ni otro título.

Tampoco puede nadie impedir ni embarazar el uso de las riberas en cuanto fuere necesario para los mismos fines.

Vé lo espuesto en el artículo 386 y la ley Romana citada en el anterior. Este es un punto de jurisprudencia universal; la navegacion es de derecho público y por ella se atribuye al Estádo la propiedad de las riberas en el número 4 del citado artículo 386: contra este derecho público ó *jure gentium*, como se le llama en el párrafo 4, título 1, libro 2, Instituciones, no puede aprovechar la prescripcion ni otro título: la sociedad es siempre superior y antes que los particulares.

ARTICULO 491.

El propietario del agua, sea cualquiera su título, no podrá impedir el uso de la que sea necesaria para el abasto de las personas ó ganados de una poblacion ó alqueria, ni oponerse á las obras indispensables para satisfacer esta necesidad del modo mas conveniente; pero tendrá derecho á la indemnizacion, salvo si los habitantes hubieren adquirido por título ó prescripcion el uso del agua.

645 Frances, 565 Napolitano, 557 Sardo, 429 de Vaud, 675 Holandes.

El derecho de propiedad privada cede aquí ante la útilidad pública, segun los artículos 391, 392 y 485; los habitantes solo necesitarán probar la adquisicion ó prescripcion para libertarse de la indemnizacion.

Segun el capítulo 1, título 5, libro 6 del Fuero de Navarra, los vecinos podian demandar se les cediese el terreno del manantial ó fuente dándole el cambio doblado en tan buen lugar ó mejor.

ARTICULO 492.

Los dueños de prédios mas ó menos próximos á una corriente de agua continuarán aprovechándose de ella para el riego de sus tierras ó para el movimiento de sus fábricas del mismo modo con que legítimamente lo hubieren hecho hasta ahora.

El 489 salva el derecho de propiedad que hubieren ya adquirido las corporaciones ó particulares por título ó prescripcion: en este se

salva ademas el aprovechamiento legítimo en que á la publicacion de este Código estuvieren las mismas corporaciones ó particulares: la declaracion de propiedad que se hace á favor del Estado en el número 3 del artículo 386, podia ser causa de alarmas y de dudas; y el artículo las previene tranquilizando á los poseedores legítimos.

ARTICULO 493.

El propietario de aguas no podrá desviar su curso de modo que se pierdan cuando puedan aprovecharse por otros, ni dar lugar á que rebosen ó causen otro daño á tercero.

Vé lo espuesto al final del artículo 483 y en el 484.

Non est malitiis indulgendum, y menos tratándose de una propiedad tan especial por su índole y tan enlazada con el interes público: los motivos de la segunda parte del artículo pueden verse en el citado 484.

ARTICULO 494.

Los tribunales deben conciliar precedentemente el interes de la agricultura ó industria con el respeto debido á la propiedad en las contestaciones sobre el uso de aguas; y se observarán los reglamentos especiales y ordenanzas, en cuanto no se opongan á este Código.

645 Frances, 677 Holandes, 500 Sardo, 567 Napolitano, 434 de Vaud.

Si manifeste doceri possit, jus aquæ ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: Procurator noster, nequid contra veterem formam at que solemnem morem innovetur providebit, ley 7, título 24, libro 3 del Código. *Usum aquæ veterem, longoque dominio constitutum, singulis civibus manere censemus*, ley 4, título 12, libro 11 del Código.

Siendo imposible proveer á todos los casos en esta materia, mas que en ninguna otra, la ley no puede hacer mas que remitirse á la sabiduría de los tribunales, indicándoles sin embargo las consideraciones que deben dirigirlos para la solucion de las cuestiones que les sean sometidas.

Los reglamentos y las ordenanzas. Con razon se les da el primer lugar, suponiéndolos hechos ó aprobados por la autoridad competente, pues que en ellos se provee á las necesidades locales que pueden variar hasta lo infinito.

ARTICULO 495.

La propiedad y uso de las aguas pertenecientes á corporaciones ó

particulares están en todo sujetos á la ley de espropiacion por causa de utilidad pública.

Está en armonía con el 392, que habla de la propiedad en general: la de las aguas tiene muchos mas puntos de contacto con la utilidad pública.

ARTICULO 496.

Todo el que para riego de sus tierras ó para el uso de alguna fábrica quiera servirse del agua de que puede disponer, tiene derecho á hacerla pasar por los predios intermedios, con obligacion de indemnizar á sus dueños, así como tambien á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas.

Se esceptúan de esta servidumbre los edificios, sus patios, jardines y demas dependencias.

Es el 622 Sardo que dice «Edificios» donde el nuestro pone «Alguna fábrica;» por manera que el Sardo es mas lato.

Introdúcese, pues, una grande innovacion, *la servidumbre legal y forzosa del paso de las aguas* para el riego de las tierras, ó para el uso de alguna fábrica: el fomento de la agricultura y de la industria, ó la utilidad pública, crea aquí una nueva servidumbre de paso, distinta, aunque algo parecida á la del artículo 506: en ambas tiene lugar la indemnizacion por consecuencia del artículo 392.

Tengo ya observado al frente de esta seccion, que esta es una de las dos causas á que se atribuye el estado floreciente de la agricultura en los Estados Sardos.

Todos los artículos siguientes, hasta el 505 inclusive, han sido copiados del 623 al 633 Sardos, y contienen las reglas que deben observarse para el establecimiento y conservacion de esta nueva servidumbre; puede servirles de comentario lo espuesto al frente de esta seccion.

ARTICULO 497.

El que haya de usar del derecho de servidumbre de que trata el artículo anterior, está obligado á hacer construir el canal necesario en los predios intermedios, aunque haya en ellos canales para el uso de otras aguas.

El que tiene en su predio un canal para el curso de aguas que le pertenecen, puede impedir la apertura de otro nuevo, ofreciendo dar paso por aquel, con tal que no cause notable perjuicio al que reclama el paso.

ARTICULO 498.

Tambien se deberá conceder el paso de las aguas al traves de los canales y acueductos del modo mas conveniente, con tal que el curso de las aguas que se conducen por estos y su volúmen no sufran alteracion.

ARTICULO 499.

Se observarán las leyes y reglamentos especiales en los casos en que sea necesario conducir las aguas atravesando rios, torrentes ó caminos públicos.

ARTICULO 500.

El que pretenda usar del derecho concedido en el artículo 496, debe precisamente:

1.° *Justificar que el agua de que puede disponer es suficiente para el uso á que la destina.*

2.° *Que el paso que solicita es el mas conveniente y menos oneroso para tercero.*

3.° *Pagar el valor del terreno que ha de ocupar el canal segun estimacion de peritos y un diez por ciento mas, sin inclusion de los impuestos y cargas á que esté sujeto el predio.*

4.° *Resarcir los daños inmediatos, con inclusion del que resulte para dividirse en dos ó mas partes del predio sirviente, y de cualquiera otro deterioro.*

ARTICULO 501.

En el caso del párrafo segundo del artículo 497, el que pretende el paso de aguas deberá pagar, en proporcion á la cantidad de estas, el valor del terreno ocupado por el canal en que se introducen, y los gastos hechos para su apertura y construccion, sin perjuicio de la indemnizacion debida por el aumento de terreno que sea necesario ocupar, y por los otros gastos que ocasione el paso que se le conceda.

ARTICULO 502.

El que, teniendo ya establecido un acueducto en predio ageno, quiera hacer correr por él mayor cantidad de agua, deberá préviamente:

1.° *Justificar que el acueducto puede contenerla sin riesgo de perjuicios para el predio sirviente.*

2.° *Costear las obras que se reconozcan necesarias.*

3.° *Pagar el terreno que se ocupe con estas obras y los daños indicados en el número 4 del artículo 500.*

ARTICULO 503.

Las disposiciones concernientes al paso de las aguas son aplicables al caso en que el poseedor de un terreno pantanoso quiera desecarlo, ó dar salida á las aguas estancadas, por medio de cauces.

Los tribunales en este caso conciliarán los intereses de la salubridad pública con los de la agricultura, y con los derechos de los propietarios entre sí.

ARTICULO 504.

Las concesiones de aguas que se hicieren por el Gobierno, se presumen hechas sin perjuicio de los derechos anteriores legítimamente adquiridos.

ARTICULO 505.

Los que se aprovechan de las aguas de una acequia, deben construir y conservar los puentes necesarios para pasar á las heredades vecinas, de tal modo, que el paso sea seguro y cómodo.

Deben igualmente construir y conservar los acueductos subterráneos, los puentes que sirven de canales, y hacer todas las demas obras semejantes para la continuacion del riego ó de la corriente, si no hubiese convenio ó posesion en contrario.

SECCION III.

DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.

ARTICULO 506.

El propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras agenas y sin salida á camino público, tiene derecho á exigir paso para el cultivo de la misma por las heredades vecinas, sin que sus respectivos dueños puedan exigirle otra cosa que una indemnizacion equivalente al perjuicio que les ocasione este gravámen.

La accion para reclamar esta indemnizacion es prescriptible; pero aunque prescribiere, no cesará por ello el pasò obtenido.

682 y 683 Franceses, 603 y 606 Napolitanos, 696 y 704 de la Luisiana, 616 y 621 Sardos, 472 y 479 de Vaud, 715 y 717 Holandeses.

Por la ley 12, título 7, libro 11 del Digesto, se concedia esto al que *sepulchrum habebat, viam autem ad sepulchrum non habebat*; pero los intérpretes le dieron por equidad toda la estension del artículo, arguyendo por la ley 41, título 2, libro 8 del Digesto y otras.

Esta servidumbre procede al mismo tiempo de la necesidad y de la ley; el interes general no permite que haya heredades puestas fuera del dominio de los hombres, é inertes, ó incultas, porque para llegar á ellas sea necesario atravesar la heredad de otro.

Este gravámen. La indemnizacion se ha de medir por los perjuicios ocasionados con la servidumbre al dueño de la finca gravada, no por la utilidad mayor ó menor que reporta la de aquel á cuyo favor se constituye la servidumbre.

La accion para reclamar, etc. Aunque la servidumbre de paso, como discontínua, no puede establecerse sino en virtud de título, segun el artículo 538, la necesidad en el caso de este artículo ha formado siempre un *título suficiente* para establecerla: por manera, que aquí propiamente no se adquiere por prescripcion la servidumbre ó el derecho de paso, puesto que era debido por la sola disposicion de la ley. Pero la accion para reclamar la indemnizacion por el ejercicio de este paso, es prescriptible como otra cualquiera, y se prescribirá como real por el solo lapso de treinta años; la prescripcion podrá tambien tener lugar en cuanto al parage ó sitio por donde se haya hecho uso del paso.

Si la heredad resultase enclavada y sin paso á consecuencia de una venta, permuta ó particion, el vendedor, permutante ó co-participenarios, deberian dar el paso por sus fincas sin indemnizacion.

La servidumbre de paso adquirida en el caso de este artículo, ¿se estingue si el paso cesa de ser necesario? Rogron cita por la negativa un fallo, que parece bien motivado en derecho riguroso, del Tribunal superior de Tolosa.

A pesar de esto, yo encuentro mas conforme á razon y á equidad el artículo 620 Sardo que declara la estincion de la servidumbre, y ordena la restitucion de lo recibido por indemnizacion, ó que cese la anualidad convenida: lo mismo se dispone en el 475 de Vaud. Cesando la causa respecto de uno y otro, ¿por qué no han de cesar tambien sus efectos?

La necesidad sola hizo modificar el sagrado derecho de propiedad: cesando la primera, ¿por qué no ha de volver el segundo á toda su plenitud, favorecida siempre por las leyes?

Tambien cita Rogron un fallo del Tribunal de Paz, declarando que se puede reclamar el derecho de paso para llegar á una fuente poseida por el concejo: Fúndase en que *ubi eadem est ratio, ibi idem jus esse debet*: que el objeto evidente del artículo es facilitar á los propietarios

el medio de sacar de sus fincas todas las ventajas que puedan producir, y que de consiguiente es aplicable á los inmuebles de toda especie, sea cualquiera el uso que de ellos puedan hacer los propietarios.

No estando bien detalladas las circunstancias del caso, me abstengo de emitir mi opinion: si manifiestamente concurrieran otras iguales á las del artículo, las hallaria comprendidas en su espíritu y disposicion; pero debe procederse con mucha circunspeccion para modificar el derecho de propiedad.

ARTICULO 507.

La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y en cuanto sea conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

683 y 684 Franceses, 604 y 605 Napolitanos, 696 de la Luisiana, 617 y 618 Sardos, 473 y 474 de Vaud, 716 y 717 Holandeses.

Præses compellere debet justo pretio iter ei præstare: ita tamen, ne vicinus magnum patiatur detrimentum, ley 12, título 7, libro 11 del Digesto.

Es muy curioso en este punto el capítulo 4, título 11, libro 3, del Fuero de Navarra: Suponiendo pieza ó viña enclavada y sin camino y que los dueños de las heredades lindantes no quieren dárselo, dice: «Vaya á su pieza ó viña quando pudiere, etc., dé vozes como en aipellido, etc., por out viniere el primo home á eill, por aquel logar debe haber camino.»

Por el menos perjudicial. Se trata de una diminucion, ó llámese ataque al derecho de propiedad, y por lo mismo debe limitarse en lo posible: el paso en el caso del artículo se concede para satisfacer á la pura necesidad, no á la comodidad. El trámite mas corto puede contener arbolado ó edificio, y carecer de ellos el mas largo.

Esto mismo debe observarse aun cuando la servidumbre de paso se constituye por la voluntad del hombre simplemente ó sin marcar la parte de la finca por donde haya de usarse: *Non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire, agere sinendus est. Cum id æque commode per alteram partem facere possit, minori servientis fundi detrimento*, ley 9, título 1, libro 8 del Digesto.

ARTICULO 508.

La anchura de la servidumbre de paso será la que baste á las necesidades del predio dominante.

Las leyes Romanas reconocian en esta materia tres especies de servidumbres, *iter*, *actus*, *via*, y marcaban la anchura de cada una: co-

piólas en todo la ley 3, título 31, Partida 3, con los nombres de *senda*, *carrera*, *via*.

El artículo es mas sencillo: las necesidades del predio dominante y la costumbre del pais son las reglas mas seguras en este punto; y lo mismo ha de observarse en la servidumbre de paso constituida por la voluntad del hombre sin determinar su anchura.

ARTICULO 509.

Habiendo comunidad de pastos entre los vecinos de uno ó mas pueblos, el propietario que cercare una finca con tapia ó seto la hará libre de la comunidad; pero quedarán salvas las otras servidumbres que sobre la misma estuvieren constituidas.

El propietario que cercare su finca, conservará su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

La primera parte del artículo es el 647 Frances, 569 Napolitano, 562 Sardo, 436 de Vaud, 679 Holandes, 658 de la Luisiana.

Es conforme al decreto de Córtes de 8 de junio de 1813; «todas las dehesas y demas tierras, etc., de dominio particular se declaran desde ahora cerradas y acotadas; y sus dueños ó poseedores podrán cercarlas sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y demas servidumbres, etc.»

Comunidad. Suele llamarse *facería* la que se prestan mútuamente entre sí los pueblos convecinos.

Que cercare: el derecho de cerrar y acotar es una consecuencia del de propiedad, y contribuye poderosamente al fomento y desarrollo de los intereses de la agricultura sacrificados antes á la ganadería; pero, mientras el propietario no cierre, subsistirá la comunidad ó facería, aunque esto favorece á solos los ganaderos.

Servidumbres: no solo privadas, sino las demas que tengan por objeto la utilidad pública ó comunal, como son las enumeradas en el Decreto citado de Córtes.

El propietario conservará, etc.: Esta segunda parte es contraria al artículo 648 Frances, seguido generalmente en los otros Códigos.

Aunque la comunidad y facería son una especie de sociedad, y parece justo que el que retira su parte no pueda aprovecharse de las de los otros, ha prevalecido el interes ó favor de la agricultura cifrado en que se cerquen las heredades, y se ha dejado este premio ó estímulo para conseguirlo.

ARTICULO 510.

Todo propietario puede obligar, al que lo sea de las heredades contiguas, á practicar, á espensas comunes, el deslinde y amojonamiento de las que respectivamente les pertenezcan.

La misma facultad corresponderá á los que tengan algun derecho real en las mismas.

646 Frances, 568 Napolitano, 561 Sardo, 455 de Vaud, 678 Holandes, 659 de la Luisiana.

La materia de este artículo ocupa todo el título 1, libro 10 del Digesto, y el 39, libro 3 del Código. Por las leyes de las 12 Tablas debia haber entre heredad y heredad un término ó lindero de cinco pies imprescriptible, para que pudieran ir por él los dueños de ambas heredades y dar vuelta al arado: finalmente, aquel pueblo agricultor y supersticioso divinizó el *Término*, colocándolo entre sus dioses.

La ley 10, título 15, Partida 6, es la sola que habla de esta materia: el artículo está conforme con ella y con las Romanas.

Todo propietario: y tambien todos los que tienen un derecho real en alguna de las dos heredades, como el usufructuario y acreedor hipotecario, ley 4, párrafo 9, título 1, libro 10 del Digesto: el interes es la medida de la accion. Esta se llamaba *doble* en Derecho Romano, porque los dos podian ser actores y reos; y *mista*, porque envolvia la cuestion de propiedad y la restitucion de frutos, ó resarcimiento de daños segun los casos; ley 4 citada, párrafo 1.

A espensas comunes: porque lo es tambien el interes. *Sed etsi mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis*, la misma ley y párrafo.

La pena del que destruyere ó alterare los términos ó lindes se halla en el artículo 451 del Código penal.

SECCION IV.

DE LA SERVIDUMBRE DE MEDIANERIA.

Dícese generalmente, y en el discurso 50 del Código Frances al artículo 657, que los Romanos no conocieron la medianeria, y que solo admitieron la comunion de paredes por legados ó pactos.

La ley 8, titulo 2, libro 8 del Digesto, parece indicar lo contrario, pues habla de pared, *qui naturali ratione communis est*, y no puede ser otra que la medianera, *paries intergerinus ó intergerivus*. Por esto, el que teniendo dos casas, vendió una, se presume que vendió tam-

bien la mitad *parietis intergerini*, como parte de las mismas, argumento de la ley 4, título 5, libro 53 del Digesto. *Medius paries, qui utrasque ædes distinguat.* De esta ley y de las 8, 13 y 19 del citado título 2, que tratan de lo que pueda hacerse en la pared comun, se deduce que en caso de duda se reputaba comun, no solo la pared divisoria de dos casas, sino los tabiques, setos, cercas, y hasta *el intersticio* (espacio entre dos edificios) y toda cosa intermedia entre dos predios.

Cierto es que por las leyes de las doce Tablas debia mediar entre casa y casa el espacio de dos piés y medio, que se llamaba *ambitus*, y que la ley 12, título 10, libro 8 del Código, marca igualmente las distancias en este punto, lo que parece escluir la medianería, tal como hoy se entiende en lenguaje comun y en esta seccion: pero, ¿quién podrá responder de que, aumentándose la poblacion y el valor de los solares, no cayeron en desuso las citadas leyes sobre distancias?

En las leyes de Partida no se encuentra mencion sobre nuestra medianería, pared medianera, *communis paries, seu intergerinus*: Diccionario.

Hay sin embargo una diferencia. Dícese comun una cosa, cuando pertenece en totalidad á cada uno de los condueños sin que se pueda determinar la parte de uno ú otro: por ejemplo, una heredad ó casa comprada en comun. La pared medianera solo es comun en cuanto sus partes ó mitades son inseparables; pero se puede señalar la parte ó mitad correspondiente á cada uno, que es la que se encuentra sobre su propiedad.

Juzgo oportuno advertir, que desde esta seccion hasta el capítulo 3 se ha procedido de acuerdo con la Academia de Nobles Artes, á la que fueron remitidos oficialmente los trabajos de la Comision, habiéndolos aquella devuelto con ligerísimas modificaciones, á las que suscribió íntegramente la segunda.

Se habia oficiado directamente á la Academia, consultándola con remision del articulado en 1.° de mayo de 1848: se repitió la misma consulta oficiando al señor Ministro de Instruccion pública en 8 de diciembre de 1849: volvióse á repetir oficiando al señor Ministro de Gracia y Justicia en 30 de abril de 1850, quien remitió el informe de la Academia en 2 del siguiente noviembre: treinta meses.

ARTICULO 511.

Las servidumbres de medianería se regirán por las disposiciones de este título, y por las ordenanzas y usos locales, en cuanto no se opongan á él, ó no esté prevenido en el mismo.

En el 494 tratándose de aguas se da la preferencia á las ordenanzas y reglamentos especiales.

ARTICULO 512.

Se presume la servidumbre de medianería, mientras no haya un título ó signo esterior que demuestre lo contrario:

1.° *En las paredes divisorias de los edificios contiguos, hasta el punto comun de elevacion.*

2.° *En las paredes divisorias de los jardines ó corrales, sitos en poblado ó en el campo.*

3.° *En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.*

653 Frances, 574 Napolitano, 558 Sardo, 673 de la Luisiana; el 681 Holandes está mas esplícito sobre nuestro número 1. El 441 de Vaud añade: «Si, estando las fincas al nivel, no son de la misma naturaleza, se presume que la pared pertenece esclusivamente al propietario de la finca que la ley considere mas preciosa»; y lo ilustra con ejemplos, la viña es considerada como mas preciosa que el prado, etc.: «Si las fincas no están á un nivel y la pared sostiene el terreno de la finca mas elevada, se presume que la pared pertenece esclusivamente al propietario de la finca sostenida por la pared.»

Se presume: por una presuncion legal, que admite prueba en contrario; vé los artículos 1225 y 1227.

Aquí el hecho conocido es la *elevacion comun;* la consecuencia, que hasta este punto han edificado los dos, porque tenian interes en ello: el propietario del edificio menos elevado ningun interes puede tener en levantar la pared mas alta que su edificio.

Número 2 y 3. Para que obre en estos casos la presuncion, es necesario que los jardines, corrales y predios rústicos queden completamente cerrados, porque solo asi hay interes comun: si esto se verificare tan solo en uno de los predios, cesaria la presuncion de medianería y obraria la de que la pared, cerca, etc., pertenece esclusivmente al propietario del predio completamente cerrado ó cercado.

ARTICULO 513.

Hay signo esterior contrario á las servidumbres de medianería:

1.° *Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas ó huecos abiertos en la pared.*

2.° *Cuando la pared divisoria está por un lado recta y á plomo en todo su paramento, y por el otro presenta lo mismo por su parte superior, teniendo en la inferior relex ó retallos.*

3.° *Cuando conocidamente se hallare estar construida toda sobre*

el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.

4.° Cuando sufre las cargas de carreras, pasos y armaduras de una de las posesiones, y no de la contigua.

5.° Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y otras heredades, está construida de modo que la albardilla vierte hacia una de las propiedades.

6.° Cuando la pared divisoria, estando construida de mampostería, presenta piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salen fuera de la superficie, solo por una pared y no por la otra.

7.° Cuando las heredades contiguas á otras defendidas por vallados ó setos vivos, no se hallan cerradas.

En todos estos casos, la propiedad de las paredes, vallados ó setos, pertenece esclusivamente al dueño de la finca ó heredad que tiene á su favor estos signos esteriores.

Es en parte el 654 Frances, 575 Napolitano; el 569 Sardo añade otro signo: «Los vacíos dejados en la pared al tiempo de su construccion á una profundidad que esceda la mitad de su espesor.»

El 442 de Vaud dice: «Hay signo de no medianería, cuando hay aberturas existentes, tales como puertas y ventanas, ó signos de estas, antiguas aberturas, como *tablettes*, cuadros y cornisas: cuando hay un *egout* (goterage), aun cuando no haya sino de un lado, ó un *chaperon ó des filets* y *corbeaux* que hayan sido puestos al construir la pared.» El 682 Holandes añade: «Hay tambien signo de *no medianería*, cuando la pared apoya un edificio ó terrado, sin que existan edificios ú obras por el otro lado.»

Número 1. *Ventanas ó huecos*: porque segun el artículo 530, no pueden abrirse en la pared medianera sin consentimiento del otro. Si pues los hay sin este consentimiento, prueban la no medianería.

Número 7. *No se hallan cercadas*: tengo dados los motivos en el comentario á los números 2 y 3 del artículo anterior: el artículo 283 de la Luisiana y el 712 Holandes lo disponen literalmente, y lo mismo debe entenderse en los demas Códigos, aunque no lo espresan.

ARTICULO 514.

Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades se presumen tambien medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario á la medianería, cuando la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpieza se halla de un solo lado,

en cuyo caso la propiedad de la zanja ó acequia pertenece esclusivamente al dueño de la heredad que tiene á su favor este signo esterior.

Corresponde á los 666, 667 y 668 Franceses, 587, 588 y 589 Napolitanos, 706 y 707 Holandeses: el 453, 454 y 455 de Vaud con esta adicion: «Cesa la presuncion cuando la inclinacion del terreno obliga á echar la tierra de un lado solamente:» el 587 Sardo exije para que la tierra echada de un solo lado haga prueba de no medianeria que esté acumulada por tres años.

Se halla de un solo lado. Sea que la tierra que se saca al abrir ó limpiar la zanja ó acequia se considere como un gravámen ó como un beneficio, se echaria á los dos lados, si hubiera medianeria; de consiguiente, el estar á un lado solo hace presumir lo contrario: pero cesa la presuncion cuando está á los dos lados, ó no la hay en ninguno.

ARTICULO 515.

La reparacion y reconstruccion de las paredes medianeras, y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas ó acequias, tambien medianeras, se costearán por todos los dueños de las fincas que tengan á su favor esta medianeria con proporcion al derecho de cada uno.

Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir á esta carga, renunciando á la medianeria, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.

Su primer párrafo es el articulo 655 y 669 Franceses, 683 y 708 Holandeses, 570 y 588 Sardos, 443 y 456 de Vaud, 674 y 686 de la Luisiana, 576 y 590 Napolitanos.

El segundo párrafo es el 656 Frances, 685 Holandes, 577 Napolitano, 444 de Vaud, 675 de la Luisiana: el 571 Sardo añade sin necesidad: «Sin embargo, el abandono de la medianería no dispensa de contribuir á los reparos al que por su hecho ha dado lugar á ellos.»

Se costearán con proporcion. Es regla general para todas las cosas comunes; párrafo 3, título 28, libro 3, Instituciones, y ley 6, título 15, Partida 6. El que está á lo provechoso de la cosa, debe tambien estar á lo gravoso de ella; en las zanjas ó acequias, prescindiendo del riego, cada medianero se aprovechará de las plantas que nazcan en su mitad, asi como del cieno de la limpia que suele servir para el abono de las tierras.

Renunciando á la medianeria, etc. Cada cual puede renunciar á su derecho, y en tal caso es consiguiente que se liberte de las cargas anejas á él. La escepcion es tan natural como justa: mal puede renunciar-

se á la medianería y servirse de ella al mismo tiempo para sostener su edificio.

Si las zanjas ó acequias sirven para el uso público ó comunal, son carga de la finca, y, sin abandonar esta, no podrá renunciarse la medianería.

ARTICULO 516.

Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quiere derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo puede ocasionar á la pared medianera.

Es el 572 Sardo: en este caso la renuncia á la medianería es completa, y cesa la salvedad final del artículo anterior: únicamente queda la responsabilidad de los daños que por aquella vez puedan ocasionarse de la demolicion.

ARTICULO 517.

El propietario de una finca contigua á una pared divisoria podrá adquirir la medianería en toda la estension ó en parte de la que tenga la finca de su propiedad, obteniendo préviamente el consentimiento del medianero ó medianeros, y pagando á estos la mitad del valor de la porcion que adquiera de la medianería, y la mitad del valor del terreno sobre que la pared medianera está construida.

661 Frances, 582 Napolitano, 578 Sardo, 679 de la Luisiana, 449 de Vaud, que no exigen el prévio consentimiento: el 688 Holandes lo exige como nuestro artículo.

Debo advertir que la necesidad del prévio consentimiento fué adicion de la Academia de nobles artes, y tal vez la mas importante que hizo.

En el artículo, tal como le fué remitido, no se exigia, como no lo exigen los Códigos modernos, salvo el Holandes, y yo decia en su comentario: «Este es el rasgo característico de la medianería, y el que la constituye servidumbre legal contra la regla 11 del Derecho, *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.* Es una de las limitaciones al sagrado derecho de propiedad conforme á los artículos 391 y 485:» la Comision suscribió con respetuosa deferencia á la adicion de la Academia.

Contigua: de modo que nada haya de por medio; pero si, con la esperanza de estorbar la medianería, el dueño de la pared hubiere dejado una insignificante porcion de terreno entre ella y la finca vecina, el dueño de esta podria hacer uso de su derecho; porque *malitiis non est*

indulgendum: la necesidad del prévio consentimiento hace ya inútil este comentario.

A una pared: de propiedad privada, porque los edificios públicos no pueden ser gravados con las servidumbres que la ley autoriza de particular á particular.

La mitad del valor: actual, no del coste, porque es una compra, y desde ella tan solamente goza el comprador del derecho de medianería. Si las partes no se avienen sobre el valor ó precio, habrá de recurrirse, como en otros casos, al juicio de peritos; pero los gastos del justiprecio serán á cargo del que adquiere la medianería: el vendedor forzado puede ignorar el verdadero valor, y este solo puede ser fijado por peritos.

Advierto nuevamente que la adicion de la Academia hace inútil, y hasta pugna con el final del artículo: el prévio consentimiento supone de necesidad que se ha convenido en el precio, como que es una verdadera venta y voluntaria.

De la porcion, etc.: porque puede adquirirla en toda la estension de la contigüidad ó en parte de ella, y hasta la altura que quiera.

ARTICULO 518.

Todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo á sus espensas, é indemnizando los perjuicios que se ocasionen de la obra, aunque sean temporales.

Serán igualmente de su cuenta las obras de conservacion de la pared, en lo que esta se haya levantado ó profundizado respecto de como estaba antes; y ademas la indemnizacion de los mayores gastos que haya que hacer para la conservacion de la pared medianera por razon de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado.

Si la pared medianera no puede resistir la mayor elevacion, el propietario que quiera levantar la pared tendrá obligacion de reconstruir á su costa la pared medianera; y si para ello fuere necesario darla mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo.

Los dos primeros párrafos son el artículo 658 Frances, 579 Napolitano, 575 Sardo, 677 de la Luisiana, 446 de Vaud y 685 Holandes.

El tercer párrafo es el 659 Frances, 580 Napolitano, 447 de Vaud, el mismo 685 Holandes, 678 de la Luisiana: el 576 Sardo añade: «En caso de daño, aun temporal, con motivo del alzamiento de la pared, habrá lugar á la indemnizacion.» Nuestro artículo comprende tambien esta adiccion, que no se encuentra en los otros citados, y ha parecido justa.

La pared no es medianera en la mayor elevacion, y pertenece esclusivamente al que la eleva: justo es, pues, que este sufra por entero

los gastos de la elevacion y los de reparos ó conservacion en la parte alzada.

Los mayores gastos, etc. No es menos justo que pague tambien estos. La pared antigua sufre y se menoscaba con el peso de la nuevamente elevada; por esta razon serán mayores los gastos de su conservacion, y debe pagarlos el que los ha ocasionado. Si las partes no se avienen sobre el cuanto de estos mayores gastos, habrá de recurrirse á peritos.

En las leyes 35, 36 y 37, título 2, libro 39 del Digesto, que hablan de la demolicion y reconstruccion de la pared comun, hay algo aplicable á las disposiciones de este artículo.

Si la pared, etc. En este caso, no se debe indemnizacion por los mayores gastos, pues, la pared que era demasiado débil para resistir la mayor elevacion y carga, ha sido hecha de nuevo y por entero, dando mayor amplitud á su base ó cimientos, para que la mayor elevacion no perjudicase en nada á su solidez.

ARTICULO 519.

Los demas propietarios que no hayan contribuido á dar mas elevacion ó profundidad á la pared, podrán sin embargo adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra, y la mitad del valor del terreno sobre el que se la hubiere dado mayor espesor.

660 Frances, 687 Holandes, 577 Sardo, 581 Napolitano, 685 de la Luisiana, 448 de Vaud.

El que no reconstruyó la pared, conserva todavia la medianeria hasta el punto en que principia la mayor elevacion. De otro modo, no habria propietario que, cuando tuviese medios para reconstruir á su voluntad, y careciese de ellos el vecino, no hiciera esclusivamente suya una propiedad que deberia ser comun.

Pero el vecino debe pagar la mitad de lo que ha costado la reconstruccion, incluso el valor de la mitad del suelo ocupado para dar á la pared mayor espesor. Sin esto podria temerse que el vecino se negase á contribuir para la mayor elevacion con la esperanza de adquirir despues la medianeria por un precio inferior al coste, ó gastos de la reconstruccion.

En el caso del párrafo 1 del artículo anterior, el vecino adquirirá la medianeria de la mayor elevacion, pagando solamente la mitad de los gastos hechos para ella.

ARTICULO 520.

Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporcion al derecho que tenga en la mancomunidad: podrá por lo tanto edificar, apoyando su obra en la pared medianera ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso comun y respectivo de los demas medianeros.

Para usar de este derecho ha de obtener previamente el medianero el consentimiento de los demas interesados en la medianeria; y en caso de negativa deberán arreglarse por medio de peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de aquellos.

662 Frances, 681 de la Luisiana, 583 Napolitano, 450 de Vaud, 579 Sardo, y el 580 añade, que «Para arrimar á la pared medianera montones de estiércol, leña, tierra, etc., se tomen precauciones para evitar que la dañen.» El 689 Holandes habla solo de huecos, y exige espresamente y sin alternativa el consentimiento.

In re communi neminem dominorum jus facere quicquam, invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse,» ley 28 al principio, título 3, libro 10 del Digesto.

Los medianeros tienen derechos y obligaciones: si es justo y prudente que el uno requiera el consentimiento del otro antes de hacer las obras, no ha de quedar al arbitrio del segundo impedirlas por su simple negativa, y hacer ilusoria, al menos parcialmente, la medianeria.

Hasta la mitad de su espesor; porque hasta la mitad es de cada uno de ellos.

El artículo 657 Frances dice: «En todo el espesor de la pared menos dos pulgadas;» le siguen el 578 Napolitano, 573 Sardo, 676 de la Luisiana. El 445 de Vaud solo permite, como el nuestro, hasta la mitad del espesor; y lo mismo el 684 Holandes, añadiendo: «Con tal que de esto no resulte daño alguno á la misma pared.»

No perjudique los derechos. La simple incomodidad no deberá tenerse en cuenta. Si los peritos declaran que puede hacerse la obra, y no pudiere evitarse absolutamente algun pequeño perjuicio, será precisa la indemnizacion.

ARTICULO 521.

Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen á distintos propietarios, si los títulos de propiedad no arreglan los términos en que deberán contribuir á las obras necesarias, se guardarán las reglas siguientes:

Las paredes maestras, el tejado y las demas cosas de uso comun, estarán á cargo de todos los propietarios, en proporcion al valor de su piso.

Cada propietario costeará el suelo de su piso: el pavimento del portal, puerta de entrada, patio comun, y obras de policía, comunes á todos, se costearán á prorata por todos los propietarios.

La escalera que desde el portal conduce al piso primero se costeará á prorata entre todos, escepto el dueño del piso bajo: la que desde el piso primero conduce al segundo se costeará por todos, escepto los dueños de los pisos bajo y primero y asi sucesivamente.

664 Frances, 451 de Vaud: el 684 Sardo añade: «Todos los gastos de una utilidad comun, *les allees*, pozos, acueductos, puertas, cisternas, son á cargo de todos en proporcion al valor de las diferentes piezas del piso: las letrinas lo son en proporcion de la apertura de immision.

Los cuartos intermedios á los pisos, *les galetas*, *mansardes*, se consideran pertenecer al piso mas inmediato. El propietario debe hacer el suelo de su piso, así como las bóvedas, *plafons*, *lambris*, *etc.*, de las piezas que le pertenecen.

El 588 Napolitano dice: «El suelo que pisa como se halla construido, sea en bóveda ó con vigas.»

Las demas cosas de uso comun. Esto no se encuentra en el artículo Frances y ha sido tomado del Sardo, que pone ejemplos, y es notoriamente justo y equitativo.

La escalera, etc. El artículo 664 Frances pone á cargo de solo el propietario del primer piso la escalera que conduce á él; y Rogron dice: «Esta disposicion choca á primera vista, porque la escalera que conduce al primer piso, sirve para todos los superiores y asi sucesivamente.

Pero se ha preferido dar una regla sencilla y uniforme para evitar contiendas, por la dificultad de calcular siempre con exatitud la parte de cada uno.» Desde luego se echa de ver lo débil de esta reflexion: admitido para un caso, debia serlo para todos, porque son idénticos: lo cierto es que la escalera del primer piso sirve para los propietarios de todos los otros; y lo necesario y útil para todos debe ser á cargo de todos: á pesar de esto, los Códigos arriba citados han seguido al Frances.

SECCION V.

DE LA DISTANCIA Y OBRAS INTERMEDIAS QUE SE REQUIEREN PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES Y PLANTACIONES.

ARTICULO 522.

Nadie puede edificar ni plantar cerca de las plazas fuertes y fortalezas, sin sujetarse á todas las condiciones exigidas por las ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

Por la ley 22, título 32, Partida 3, debia dejarse el espacio de quince piés entre el nuevo edificio y el muro ó castillo: fué tomada de la 9, título 10, *De ædificiis privatis*, libro 8 del Código, donde, y especialmente en la ley 12, hay un reglamento muy minucioso acerca de restricciones para edificar: el descubrimiento de la pólvora y artillería han hecho necesarias mayores distancias.

La 14, título 34, libro 3 del Código, prohibe edificar de modo que se quite á la era del vecino el viento suficiente para la trilla.

ARTICULO 523.

Tampoco puede edificarse á las inmediaciones de los templos y palacios reales, sino á la distancia que determinen los reglamentos particulares, y sujetándose en el modo á los usos recibidos en la materia.

La ley 24, título 32, Partida 3, prohibe arrimar á las iglesias, casas, tiendas y todo otro edificio, «Porque la Eglesia es Casa Santa de Dios.»

La 17, título 12, *De operibus publicis*, libro 8 del Código, prohibe tambien edificar cerca del palacio de los Príncipes, y da la razon, *Nam imperio magna ab universis secreta debentur;* pero ni una ni otra marcan distáncias.

ARTICULO 524.

Las servidumbres, establecidas por utilidad pública ó comunal, tienen por objeto mantener espedita la navegacion de los rios, la construccion ó reparacion de los caminos, y las otras obras públicas ó comunales.

Todo lo concerniente á esta clase de servidumbres se determina por las leyes y reglamentos especiales.

650 Frances, 572 Napolitano, 565 Sardo, 438 de Vaud.

Por Derecho Romano no se podia hacer en un rio público ni en sus riberas cosa alguna, *quo statio iterve navigio deterior sit, aut quo aqua aliter fluat*; y por rio público entendian el de curso perenne, navegable ó no; es decir, casi todos; leyes 1, título 12, y 1, título 13, libro 43 del Digesto. *Fluminum publicorum communi est usus, sicuti viarum publicarum.* Ley 24 al principio, título 2, libro 39 del Digesto. Las riberas eran públicas como los mismos rios en lo necesario para el uso de estos, *sed propietas earum illorum erat, quorum prædiis hærebant;* párrafo 4, título 1, libro 2, Instituciones.

Esto mismo se halla en las leyes 6, 7 y 8, título 28, en la 18, título 32, Partida 3, y en la 7, título 26, libro 7 de la Novísima Recopilacion.

ARTICULO 525.

Nadie puede construir cerca de una pared agena ó medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor ú otras fábricas destinadas á usos peligrosos y nocivos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del pais, ó sin construir las obras de resguardo necesarias, y con sujecion, en el modo, á todas las condiciones que los mismos reglamentos previenen.

A falta de reglamentos se recurrirá á juicio pericial.

674 Frances, 688 al 691 de la Luisiana, 593 Napolitano, 462 al 465 de Vaud, 703 Holandes, que enumeran y tasan los casos, añadiendo chimeneas y almacenes de sal ó materias corrosivas.

El 598 Sardo añade: «Ni establecer en la vecindad de la propiedad de otro artefactos puestos en movimiento por el vapor ú otros de los que se siga peligro de incendio ó de *scoppio* grave, ó de exhalaciones nocivas, sin ejecutar las obras y guardar las distancias que segun los casos fueren prescritas en los reglamentos vigentes, y en su defecto establecidas á juicio de peritos á fin de evitar todo daño al vecino.

La ley 13, título 2, libro 8 del Digesto, prohibe arrimar á la pared comun todo lo que pueda tostarla ó quemarla; la 19, los acueductos y lo que tenga humedad asidua. La 17, párrafo 2, título 3, libro 8, los estercoleros ó muladares. Sin embargo, la ley 24, párrafo 12, título 2, libro 39 del Digesto, dice, que puedo abrir pozo en mi casa, aunque por esto se corten las aguas del vecino, *quia jure meo usus sum*; con tal que *non tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit.* Segun la 27, párrafo 10, título 2, libro 9 del Digesto, se podia tener horno y hogar *secundum parietem communem*, afianzando al vecino por el daño que de esto podia sobrevenirle.

La ley 19, título 32, Partida 3, copió la citada 24 Romana sobre el

pozo ó fuente, con la notable equitativa adicion: «Fueras ende, si este que lo quissiese fazer, non lo oviesse menester; mas se moviesse maliciosamente por fazer mal á otro.» *Si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*, dice de un caso casi idéntico la ley 2, párrafo 9, título 3, libro 39 del Digesto.

U otras fábricas destinadas, etc. Es difícil y poco seguro, atendido el progreso de las artes y ciencias, fijar taxativamente los casos, como hacen algunos Códigos; y fuera de desear, porque este artículo contiene servidumbres ó restricciones del derecho de propiedad, segun el que *in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immitat*; ley 8, párrafo 5, título 5, libro 8 del Digesto.

Pero ni la utilidad pública ó comunal, ni el interes de los particulares, objeto de las servidumbres legales, (artículo 483) pueden en materia tan vaga y progresiva circunscribirse á casos y límites ciertos: cuando manifiestamente se atraviese alguna de las tres causas indicadas, la servidumbre ó restriccion de la propiedad es consiguiente.

Y adviértase que cuando las servidumbres como algunas de este artículo tienen por objeto la utilidad pública ó comunal, como evitar la insalubridad y los incendios, de nada servirán las renuncias y pactos particulares contra ellas, porque *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; ley 38, título 14, libro 2 del Digesto.

Los reglamentos y usos del país. Nada hay tan difícil como establecer un derecho comun en cuanto á las distancias y obras intermedias, ni mas sabio que dejarlas absolutamente bajo el imperio de los reglamentos y usos locales: aun cuando alguna vez falten los primeros, nunca faltarán los segundos.

Si se faltó á estos en alguno de los dos estremos, podrá pedirse la demolicion de la obra.

ARTICULO 526.

Nadie puede plantar árboles cerca de una heredad agena, sino á la distancia de ocho pies de la línea divisoria, si la plantacion se hace de árboles altos y robustos; y á la de dos pies, si la plantacion es de arbustos ó árboles bajos.

Todo propietario tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles plantados á menor distancia de su heredad.

671 Frances que se remite á los reglamentos existentes y á los usos constantes y reconocidos: á falta de ellos señala distancias algo menores que las de nuestro artículo. Siguen al Frances el 713 Holandes, 592 Napolitano. El 603 Sardo exige alguna mayor distancia que el Frances y es mas detallado; pero añade que, si existe una pared ó ta-

pia de separacion, no es necesario guardar distancias, con tal que las plantas no pasen de la altura de la pared.

El 604 viene á disponer lo mismo para las plantaciones en los bosques ó las orillas de canales, caminos, etc.

El 458 de Vaud, mas minucioso tambien que el Frances, exige distancias mucho mayores que los otros Códigos, como son de 10 y 20 pies.

En la ley 13 (su epígrafe *de lege Solonis*), título 1, libro 10 del Digesto, refiriéndose á la de las doce Tablas, tomada de la que *Athenis Solon dicitur tulisse*, se lee, *si quis sepem ad alienum prædium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito: Si maceriam, pedem relinquito: Si vero domum, pedes duos: Si sepulchrum, aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito: Si puteum, passus latitudinem: at vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: cæteras arbores, ad pedes quinque*. En la ley 1, título 42, libro 11 del Código, se prohibe á los dueños de las heredades, por donde vaya un acueducto público, plantar árboles á menos de 15 pies de distancia; y la 1, título 1, libro 8, tambien del Código, proveyó el caso en que las raices de los árboles perjudiquen á los cimientos de un edificio vecino.

Que se arranquen: primera parte del 672 Frances: como en el artículo anterior se puede pedir la demolicion. Esta accion es prescriptible como todas, y se prescribirá por el lapso de 30 años y silencio del vecino despues de la plantacion; pero en este caso podrá todavia usar de la accion del artículo siguiente, pues se concede aún respecto de los árboles plantados á la debida distancia. *Si quo tempore pullulaverint, excidantur*; ley 1, título 42, libro 11 del Código.

ARTICULO 527.

Si las ramas de algunos árboles se estendieren sobre una heredad, jardines ó patios vecinos, tendrá el dueño de estos derecho á reclamar que se corten, en cuanto se estiendan sobre su propiedad; y si fueren las raices de los árboles vecinos las que se estendieren en suelo de otro, aquel en cuyo suelo se introduzcan, podrá hacerlas cortar por sí mismo dentro de su heredad.

672 Frances, 593 Napolitano, 687 de la Luisiana: el 714 Holandes, añade: «Podrá tambien cortar las ramas, si el vecino rehusa hacerlo al primer requerimiento, y con tal que no entre en la propiedad del vecino.»

El 606 Sardo, esceptúa los olivos, respecto de los cuales quiere que se observen los reglamentos y usos locales.

Cuando el árbol ageno perjudicaba á un predio urbano, podia el dueño de este cortarlo por entero, si requerido el dueño del árbol no lo

hacia, ley 1, párrafo 2, título 27, libro 43 del Digesto; perjudicando la sombra del árbol á un predio rústico, debia cortarse su ramage hasta la altura de 15 pies por el mismo dueño del árbol, y en defecto suyo por el del prédio, párrafo 7 de la misma ley. Cuando el árbol echaba raices en heredad vecina, no era permitido al dueño de esta cortarlas, pero tenia una accion equivalente, ley 6, párrafo 2, título 7, libro 47 del Digesto. En el artículo anterior he citado la ley del Código, para el caso en que las raices del árbol perjudiquen á los cimientos de una casa.

El árbol puesto en el confin de dos heredades pertenecia á los dueños de ellas, si echaba raices en ambas: arraigándose en una sola, pertenecia al dueño de ella, ley 7 al fin, título 1, libro 41 del Digesto, y párrafo 31, título 1, libro 2, Instituciones.

La ley 28, título 15, Partida 7, siguió á las Romanas en cuanto á los árboles, cuyas ramas perjudicaban á los edificios ó heredades, menos en lo de los quince pies: si perjudicaban al paso de un camino público, cualquiera podia cortarlos.

Segun la 43, título 28, Partida 3, si el árbol de la heredad vecina echó sus principales raices en la mia, se hace mio; si echó solo algunas, se hace comun: ¡¡raro modo de juzgar!! por las raices subterráneas y no por el tronco y ramas que están á la vista.

El capítulo 10, título 2, libro 6 del Fuero de Navarra, es largo y muy curioso sobre el modo de cortar las ramas de árbol ageno pendientes sobre nuestra heredad, y coger ó hacer nuestra su fruta: el 9 autoriza á cualquier vecino para cortarlas cuando embaracen un camino, en términos, que dos bestias cargadas que se encuentran de frente, no puedan pasar.

Si las ramas:: se estendieren: Supónese que los árboles han sido plantados á la distancia marcada en el artículo anterior, pues que de otro modo, cuelguen ó no las ramas sobre mi finca, tengo accion para pedir que los árboles sean arrancados: *quia non licet quicquam immittere in alienum*, ley 8, párrafo 5, título 5, libro 8, y título 27, libro 43 del Digesto.

¿Si el dueño del predio, sobre el que cuelgan las ramas, calla, hará suyos los frutos que de ellas cayeren sobre su suelo? Por la ley única, título 28, libro 43 del Digesto, no: impútese á sí mismo el no haber hecho uso del derecho que le asiste para hacerlas cortar: calla y consiente que cuelguen, consiente, pues, en la consecuencia legal de que el fruto siga al dueño del árbol: el Fuero de Navarra disponia lo contrario, aun de los que no se caian.

A falta de costumbre legítima en contrario, yo seguiria el Derecho Romano.

Si fueren las raices:: podrá hacerlas cortar por sí mismo.

No puede cortar las ramas, y sí las raices sin prévio requerimiento. Dícese para fundar esta diferencia, que las raices causan mas daño que las ramas, pues chupan la sustancia del suelo, y que es indiferente el modo y tiempo de cortarlas, cuando para el corte de las ramas hay épocas fijas y métodos particulares.

He citado la ley Romana que negaba esta facultad, *recidere eas vicino non licebit: agere autem licebit non esse ejus, sicuti tignum, aut tectorium, immisum habere.*

Debia, pues, acudirse al Juez como en el caso de las ramas, y no hacerse la justicia por su mano: yo tengo por mas prudente y conforme al mejor órden público la disposicion Romana, porque *Non est singulis concedendum, quod per Magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*; 176 *de regulis juris*: la Comision opinó por el artículo Frances.

ARTICULO 528.

Los árboles existentes en un seto vivo medianero son tambien medianeros como el seto; y cualquiera de los dueños tiene derecho á pedir su derribo.

673 Frances, 710 Holandes, párrafo 2, 594 Napolitano, 660 de Vaud, 590 Sardo, el cual añade: «Los árboles que sirven de mojones, no pueden ser derribados sino de comun acuerdo.»

Prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est:: pro regione cujusque prædii, ley 8 al fin y 9 al principio, título 2, libro 41 del Digesto: *arbor, quæ in confinio nata est: item lapis, etc., é regione cujusque finium, utriusque sunt*, ley 19 al principio, título 3, libro 10 del Digesto.

El árbol nacido en la medianería no puede menos de ser medianero ó comun, y cada uno de los propietarios tiene derecho á la porcion de frutos y demas aprovechamientos en la estension ó parte que linda con su heredad. Pero como la comunion es odiosa y ocasion de pleitos, cada uno de los propietarios puede pedir el corte ó derribo del árbol, como único medio de salir de ella.

Sin embargo, la escepcion del artículo Sardo, que dejo copiada, es evidentemente justa, y deberá observarse: vé el artículo 510.

ARTICULO 529.

Todo lo dispuesto en la presente seccion, se entiende sin perjuicio de lo que determinen ó determinaren los reglamentos especiales.

Lo especial deroga á lo general, y en rigor no hacia falta esta dis-

posicion comun, pues en todos los artículos anteriores vienen salvándose los reglamentos.

SECCION IV.

DE LAS LUCES Y VISTAS EN LA PROPIEDAD DEL VECINO.

ARTICULO 530.

Ningun medianero sin consentimiento del otro puede abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno.

Es el 675 Frances con la espresion *meme á verre dormant*, ni aun con cristal incrustado en una ventana que no puede abrirse; 596 Napolitano, 692 de la Luisiana, 607 Sardo, 466 de Vaud.

Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi; ley 40, título 2, libro 8 del Digesto: vé el artículo 520 y lo que espongo en el 532.

ARTICULO 531.

El dueño de una pared no medianera, contigua á finca agena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces á la altura de las carreras ó inmediatas á los techos y de las dimensiones de pie en cuadro á lo mas, y en todo caso con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca ó propiedad contigua á la pared en que estuvieren abiertas las ventanas ó huecos, podrá adquirir la medianeria y cerrarlas, siempre que edifique apoyándose en la misma pared medianera.

Lo mismo podrá hacer, aunque no adquiera la medianeria, construyéndose pared contigua á su edificio.

El primer párrafo viene á ser el fondo de los 676 y 677 Franceses, 597 Napolitano, que añade nuestro tercer párrafo, y 598, 608 y 609 con igual adicion y aun otra; omito citar los demas Códigos y hacer comentarios, pues que el artículo fué retocado y aprobado por la Academia.

ARTICULO 532.

No se pueden tener vistas rectas ó ventanas para asomarse, ni balcones ú otros semejantes voladizos sobre la propiedad del vecino, sino hay seis pies de distancia entre la pared en que se construyan y dicha heredad.

Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay dos pies de distancia.

678 Frances, 599 Napolitano, 611 Sardo: el 567 de Vaud exije la distancia de ocho pies: el 695 Holandes la de veinte palmos: el 693 de la Luisiana solo prohibe que las galerías, balcones, ú obras salientes, se prolonguen sobre la finca vecina mas allá del límite que separa las dos.

En Derecho Romano hay las servidumbres de luces, y la de que no se perjudique á ellas, *luminum et ne luminibus officiatur*.

La primera consistia en que mi vecino tenia que sufrir se abriesen ventanas en su pared propia ó en la comun (medianera) para dar luces á la mia; leyes 4 y 40, título 2, libro 8 del Digesto: la segunda, en no poder hacer él en su finca nada que perjudicase ó disminuyese las luces de la mia; leyes 4, 15, 17 al principio, y 25 de dicho título.

Habia tambien las servidumbres *prospectus* (de vistas) *et ne prospectui officiatur* (de no perjudicar á las vistas).

La de *vistas* consistia en sufrir que el vecino las tuviera sobre nuestra finca; la de no perjudicarlas en no poder hacer en nuestra finca nada que impidiese ó menguase las del vecino, leyes 3, 12, 15 y 16 del mismo título.

Las servidumbres *altius tollendi*, *vel non tollendi*, solian tener tambien por objeto las vistas y luces.

La utilidad ó necesidad de estas pende de las restricciones puestas ó no por las leyes y reglamentos á la libertad natural que cada uno tiene de hacer en su cosa lo que quiera.

He dicho en el artículo 526, y por referencia al mismo en el anterior, que por las leyes de las doce Tablas debia mediar entre casa y casa el espacio de dos pies y medio, que se llamaba *ambitus*. Podia pues, cada cual, guardada esta distancia, abrir ventanas en su pared propia, lo que no le era permitido hacer en la comun (medianera); ley 40, título 2, libro 8 del Código.

Posteriormente se impusieron, segun parece, nuevas restricciones respecto de las ciudades populosas. La ley 12, título 10, libro 8 del Código, dada para sola Constantinopla, marca las distancias que debia haber entre casa y casa, y segun fueren, permite abrir ventanas *prospectivæ* (de vistas) ó *luciferæ* para simple luz, *claraboyas*; estas segundas solo podian abrirse á la altura de seis pies sobre el pavimento.

Hay diferencia, dice la ley 16, título 2, libro 8 del Digesto, entre *luces y vistas, nam prospectus* (vistas) *etiam ex inferioribus locis est; lumen* (luces) *ex inferiore loco esse non potest.*

La ley 2, título 31, Partida 3, habla de estas y otras servidumbres urbanas, pero sin poner restriccion alguna á la libertad natural.

Sobre la propiedad del vecino. Esté ó no cercada: y bien sea en poblado ó en despoblado.

Seis pies de distancia: si el terreno intermedio pertenece en co-

mun á los dos vecinos, la línea de separacion para contarse los seis pies será la que divida por mitad el mismo terreno.

Tampoco; este segundo párrafo es el 679 Frances, 690 Napolitano, 612 Sardo: el 468 de Vaud prescribe la distancia de tres pies; el 696 Holandes cinco palmos.

De costado ú oblicuas. Si lo que se construye es un balcon ú otra obra saliente, el lado del balcon formará una vista recta, que dé de frente á la heredad vecina, y habrá de guardarse la distancia del artículo anterior. De él y de este opinan generalmente los Jurisconsultos, que no deben tener aplicacion cuando las dos heredades se hallan separadas por una calle ó camino público, porque la seguridad y el ornato públicos están interesados en que haya vistas sobre las calles y plazas.

Si el derecho de vistas se adquiere por prescripcion, habrá de limitarse á lo rigorosamente poseido; *tantum prescriptum quantum possesum*; si eran, por ejemplo, dos las ventanas abiertas, respecto de ellas solas obrará la prescripcion y no podrá abrirse otra mas.

Pero no podrá alegarse prescripcion por el que tenia ventanas abiertas, y al mismo tiempo una pared propia que impedia la vista en la heredad vecina. El dueño de esta no tenia interés ni accion para oponerse á la apertura de las ventanas, mientras existiese la pared; y por lo tanto, el tiempo para la prescripcion solo habrá de contarse desde que aquella dejó de existir.

ARTICULO 533.

Las distancias de que se habla en el artículo anterior, se cuentan desde el filo de la pared en los huecos donde no haya voladizos; desde el filo esterior de estos, donde los haya; y para las oblícuas, desde la línea de separacion de las dos propiedades.

680 Frances, 697 Holandes, 601 Napolitano, 613 Sardo, 469 de Vaud.

SECCION VII.

DEL DESAGUE DE LOS EDIFICIOS.

ARTICULO 534.

El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados de tal manera, que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo, ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino.

Es el 681 Frances, 700 Holandes, 694 de la Luisiana, 602 Napolitano, 615 Sardo, 471 de Vaud.

Aquí se establece por la ley la servidumbre convencional que los romanos llamaban *stillicidii non avertendi*, pues suponiendo que por la ley ó la costumbre era permitido al vecino tener su goterage sobre nuestro suelo, era necesario una servidumbre convencional por la que se privase de este derecho.

Conocian tambien los romanos la servidumbre contraria, ó *stillicidii avertendi*. Si por la ley ó la costumbre no podia el vecino tener goterage sobre nuestro suelo, para tenerlo era necesaria una servidumbre convencional; párrafo 1, título 3, libro 2, Instituciones; y leyes 1 y 2, título 2, libro 8 del Digesto. Se ve por esto, que sin duda por ser tan dilatado el Imperio Romano, la legislacion ó mas bien los reglamentos y usos locales variaban sobre este punto.

La ley 2, título 31, Partida 3, pone como necesaria la convencion para que una casa tenga la *servidumbre de recibir el agua de los tejados de la otra que vengan por canal ó por caño ó de otra guisa*: encierra, pues, el principio y disposicion de nuestro artículo.

Sobre su propio suelo: en esto consiste la servidumbre legal: para libertarse de ella, y descargar las aguas en el suelo del vecino, será necesaria una servidumbre convencional por parte de este; y el artículo no la prohibe, porque se trata únicamente de interes privado, al que es lícito renunciar.

El artículo se funda en la máxima de derecho natural y escrito, *Hactenus cuique in suo facere licet, quatenus nihil immittat in alienum*; ley 8, párrafo 5, título 5, libro 8 del Digesto.

En el caso de servidumbre convencional contraria á este artículo, podrá elevarse el goterage, mas no bajarse, porque lo primero aligera, y lo segundo agrava la servidumbre; ley 20, párrafo 5, título 2, libro 8 del Digesto. *Quod ex alto tenius cadat, et interdum viventi directum non perveniat ad locum servientem*: vé el artículo 543.

SECCION VIII.

DE LA OBLIGACION DE PREVENIR UN DAÑO QUE AMENAZA.

ARTICULO 535.

Si un edificio ó pared amenazare ruina, podrá el propietario ser obligado á su demolicion ó á ejecutar las obras necesarias para evitar que se arruine.

Si no cumpliere el propietario, la autoridad podrá hacerla demoler á costa de aquel.

Lo mismo se observará cuando algun árbol corpulento amenazare caerse.

667 de la Luisiana, «que da accion al vecino amenazado para obligar al propietario á demolerlo ó apuntarlo: entretanto si el vecino teme recibir algun daño por la caida, puede hacerse autorizar en justicia para apuntarlo segun la necesidad; y se reembolsará de los gastos sobre la misma cosa, cuando el peligro haya sido confirmado por peritos.»

El artículo, en lo relativo á edificios y paredes, guarda conformidad con las leyes 15, título 50, y las 10 y 12, título 32, Partida 3. «Si los vecinos que están cerca de ellos temense de recebir ende daño, el Judgador del logar puede é deve mandar á los señores que los enderezen, ó los derriben:: tomando buenos Maestros é sabidores deste menester:: é si el viere por aquello que le dixeren los Maestros que están atan mal parados, que non se pueden adobar, ó non lo quieren fazer aquellos cuyos son, é que ligeramente pueden caer, é fazer daño, estonce debe mandarlos derribar.

E si por ventura non estoviessen tan mal parados, dévenlos apremiar, que los enderezen é que den buenos fiadores á los vecinos, que no les venga ende daño:» la segunda parte de la ley 10, sobre poner á los vecinos en posesion del edificio ruinoso, nunca ha estado en práctica.

Las leyes de Partida fueron tomadas del título 2, libro 39 del Digesto, en que se trata estensamente de esta materia, *de damno infecto*, con particularidad en la ley 7.

La autoridad: sea á instancia de los vecinos que temen el daño ó de oficio, por denuncia de los arquitectos de ayuntamiento, que es lo mas frecuente, é informan como peritos en el caso de queja.

Pero, si ni los vecinos acuden á la autoridad, ni esta procede de oficio, y entretanto cayese el edificio ruinoso y causare daño, no podrá el dañado pedir su resarcimiento, *quia sua culpa damnum sit, passus qui tardius experiri cœperit*, ley 44 al principio, ni obligar al otro, *ut rudera tollat, si modo omnia quæ jaceant pro derelicto habeat*, ley 6 del título 2 citado, y la 11, título 32, Partida 3.

Cuando algun árbol, etc. Es conforme á las leyes 1 y 2, título 27, libro 43 del Digesto, y á la 12, título 32, Partida 3, mas clara y concreta que aquellas. «Arboles grandes mal raygados son á las vegadas cerca de heredades, ó de casas agenas, que se temen los vezinos que si cayeren, que les farán daño, etc.» «Si algunos omes buenos lo fallaren assi, el Judgador débelos fazer cortar é derribar».

CAPITULO III.

De las servidumbres voluntarias.

SECCION PRIMERA.

DISPOSICION GENERAL.

ARTICULO 536.

Todo propietario de una finca ó heredad puede establecer en ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere.

686 Frances, añadiendo que no pueden imponerse á la persona ni en favor de la persona, y con tal que no contengan nada contrario al órden público. Le copian el 607 Napolitano, 705 de la Luisiana, 634 Sardo, 477 de Vaud y el 721 Holandes.

Todo propietario: que pueda enagenar por tener la libre administracion de sus cosas: la imposicion de una servidumbre es una verdadera especie de enagenacion, como que modifica ó desmiembra el derecho de plena propiedad. No podrán, pues, imponerlo el usufructuario y los que están bajo la autoridad paterna ó marital, ó bajo tutor y curador; pero podrán adquirirla porque pueden por sí solos hacer mejor su condicion; artículo 1186.

El padre, marido, tutor y curador, necesitarán para la imposicion de la servidumbre las mismas solemnidades que para la completa enagenacion de la finca.

Mientras se reconozca entre nosotros la division del dominio en *directo y útil*, el dueño de este podrá gravar la finca, porque puede enagenarla, no perjudicando los derechos del señor directo, ley 3, título 66, libro 4 del Código, y 29, título 8, Partida 5; lo que está confirmado en el número 3 del artículo 1563.

Conveniente, etc. Siempre que no se trate sino de su interes privado, al que puede renunciar; mas no podrá constituir servidumbre contraria al interes y al órden públicos: vé lo espuesto en el artículo 525 á las palabras *Y adviértase*.

SECCION II.

CÓMO SE ADQUIEREN LAS SERVIDUMBRES.

ARTICULO 537.

Las servidumbres contiguas y aparentes se adquieren en virtud de título ó de posesion, con arreglo á lo determinado en el título XXIV, libro III de este Código.

690 Frances, 641 Napolitano, 661 de la Luisiana, 480 de Vaud, 648 Sardo, 744 Holandes: el 5.° Bávaro, capítulo 8, libro 2 y el 15 Prusiano, parte primera, título 22, se apartan en esto de los otros Códigos modernos.

«*Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus ducendæ aquæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo;*» ley 10, título 5, libro 8 del Digesto, y 5, párrafo 3, título 19, libro 43. «*Si qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet;*» leyes 1 y 2, título 34, libro 3 del Código.

Pero el Derecho Romano no hacia en este punto diferencia entre servidumbres continuas y discontinuas; para unas y otras bastaban diez años entre presentes y veinte entre ausentes, término señalado para la prescripcion de los bienes inmuebles, y por tales eran habidas las servidumbres, ley 12 al fin, título 33, libro 7 del Código.

Para esta prescripcion no se requeria título, y aunque algunos creen que á falta de este eran necesarias la ciencia y paciencia del dueño de la finca, lo cierto es que la ley 12 no distingue de casos, y que en todos concurren las mismas razones porque fué dada.

Las servidumbres se perdian por el no uso de los diez y veinte años, ley 13, título 34, libro 3 del Código: si aquellas no eran de uso cotidiano, se doblaba el tiempo del no uso, ley 7, título 6, libro 8 del Digesto; pero la citada ley 13 lo fijó para estas servidumbres en veinte años sin distincion de presentes y ausentes.

En las servidumbres urbanas no bastaba el simple no uso para perderse: era ademas necesario que el dueño del predio sirviente prescribiese la libertad de este, haciendo lo que á virtud de la servidumbre no podia hacer; por ejemplo, alzando el edificio, si la servidumbre era de no alzarlo, leyes 6 y 7, título 2, libro 8 del Digesto, en las que se leen otros casos parecidos.

Infiérese de lo espuesto, que los Romanos no tuvieron una idea tan clara como nosotros de las servidumbres *continuas* y *discontinuas*;

y que reputaron *negativas* todas las urbanas, y *afirmativas* todas las rústicas: division ó concepto que no tengo por enteramente exacto.

Las leyes de Partida son mucho mas claras en punto á servidumbres *contínuas* y *discontínuas*; vé lo espuesto al artículo 478.

Segun las leyes 15 y 16, título 31, Partida 3, las *contínuas* se prescriben por el tiempo ordinario de diez ó veinte años: las *discontínuas* por tiempo inmemorial. Para perderse por el no uso, se establece lo contrario: en las *contínuas*, siendo rústicas, el no uso ha de ser inmemorial; en las *discontínuas* basta el de veinte años: respecto de las urbanas se adoptó la disposicion del Derecho Romano.

He reunido aquí lo que habia en ambos Derechos sobre adquisicion de las servidumbres por el uso, y sobre su pérdida por el no uso, á causa de la afinidad y relacion que tienen entre sí estos puntos.

En el título 24: vé sus capítulos 3 y 4.

ARTICULO 538.

Las servidumbres contínuas, no aparentes, y las discontínuas, sean ó no aparentes, solo podrán adquirirse en virtud de título.

Primer párrafo del 691 Frances, 612 Napolitano, 481 de Vaud, 662 de la Luisiana, 746 Holandes, 649 Sardo, el cual añade: «Las servidumbres de paso en favor de fincas determinadas pueden adquirirse por la prescripcion de treinta años, si este paso es considerado como abusivo, es decir, si existe otro paso suficiente para el servicio de las fincas.»

En cuanto al Derecho Romano y Patrio, vé lo dicho en el artículo anterior.

La razon de diferencia entre este artículo y el anterior es, que las servidumbres contínuas y aparentes pueden ser reprimidas á cada momento por el propietario, que no puede ignorarlas; si no lo hace asi hay culpa ó negligencia de su parte, y justo es que corra contra él la prescripcion.

Pero el propietario puede no apercibirse de las *discontínuas*, que no se usan sino por actos de largos intervalos, y frecuentemente equívocos, que puede él haber permitido por simple tolerancia ó complacencia; no hay, pues, en este caso la culpa ó descuido que en el anterior.

En virtud de título: de modo que no bastará la posesion inmemorial, ni como tan variamente la han entendido hasta ahora los intérpretes, ni como para ciertos casos la han regularizado nuestras leyes: el título habrá de ser verdadero y válido segun el artículo 1959.

Subsistirán, sin embargo, las servidumbres contínuas ó discontínuas adquiridas anteriormente por prescripcion, con arreglo á las leyes 15 y 16, título 31, Partida 3, que he citado en el artículo anterior.

Si, conviniendo ambas partes en la existencia de la servidumbre, la duda ó contienda versase únicamente sobre el modo de usarla, habria lugar acerca de esto á la prescripcion.

ARTICULO 539.

La falta del título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripcion, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia ejecutoriada.

695 Frances, que habla solo de un título de reconocimiento emanado del dueño del predio sirviente; le siguen el 616 Napolitano, 481 de Vaud, 649 Sardo, 746 Holandes, 662 de la Luisana.

Escritura de reconocimiento: véase el artículo 1218 general para toda clase de obligaciones. Pero como la disposicion de este artículo es *especial* para las servidumbres, no puede regirse por el mencionado 1218, y bastará que se reconozca la existencia de la servidumbre: faltando las escrituras de imposicion y reconocimiento, no bastará la posesion, ni se admitirá prueba por testigos.

La sentencia: es el mas seguro y sagrado de los títulos; si á consecuencia de un principio de prueba por escrito recayese en juicio sentencia firme declarando la existencia de la servidumbre, ¿cómo negarle la fuerza y efectos que se dan á la escritura de reconocimiento?

Escusado es advertir que el reconocimiento ha de proceder del mismo dueño del predio sirviente: procediendo de otro, tendria lugar la regla *res inter alios acta.*

ARTICULO 540.

La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considera como título, para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se esprese lo contrario en el título de enagenacion de cualquiera de ellas.

694 Frances, 748 Holandes, 484 de Vaud, 652 Sardo, 765 de la Luisiana, 615 Napolitano.

Por Derecho Romano y Patrio la confusion ó reunion de la propiedad de ambos predios en una misma persona, extinguia de tal modo la servidumbre, que, enagenándose despues uno de ellos, no revivia, á menos de pactarse especialmente. *Si rursus vendere vult, imponenda servitus est, alioquin, œdes liberæ veniunt;* ley 30 al principio, título 2, libro 8 del Digesto, y 17, título 31, Partida 3; vé el número 1 del artículo 545.

La existencia de un signo aparente: sea que este signo de servidumbre proceda de cuando estuvieron separados los predios, ó despues de haberse reunido en una misma persona: por ejemplo, el dueño de los dos predios ha hecho en uno un canal para conducir agua al otro: si vende el uno de los dos sin esplicarse sobre la conduccion del agua, se presume un convenio tácito de dejar las cosas como se estaban; y la servidumbre revive en un caso y se establece en el otro. En ambos casos milita la misma razon: el signo esterior habla por sí mismo: los contrayentes no pueden llamarse á engaño: vé los artículos 1391 y 1406.

Y no es necesario que este signo esterior ó aparente proceda de obra del hombre; basta que proceda de la situacion misma de los lugares, como acontece en la servidumbre legal del artículo 484 y en otras.

Como título: aunque se trate de las servidumbres del artículo 538.

ARTICULO 541.

Al establecerse una servidumbre, se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso.

696 Frances, 740 Holandes, 617 Napolitano, 716 de la Luisiana, 654 Sardo, 486 de Vaud.

Qui habet haustum (aquæ), iter quoque habere videtur ad hauriendum, ley 3, párrafo 3, título 3, libro 8 del Digesto y muchas otras; de modo, que para hacer las obras necesarias al uso de la servidumbre, el dueño del predio dominante y sus operarios tienen acceso aun á las partes del predio libres de la servidumbre. *Si prope fundum tuum jus est mihi aquam rivo ducere, tacita hæc jura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat: ut adire, qua proxime possim ad reficiendum ego, fabrique mihi: item, ut spatium relinquat mihi dominus fundi, quo dextra et sinistra, ad rivum adeam, et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem facere possim;* ley 11, párrafo 1, título 4, libro 8 del Digesto. *Dum ne quid ultra quam quod necesse est, itineris causa demoliar*, ley 20, párrafo 1, título 2, libro 8 del Digesto.

Por la misma razon se dice en la ley 2, título 1, libro 2 del Digesto: *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.*

La ley 6, título 31, Partida 3, dispone lo mismo que la citada 3 Romana.

Este artículo sirve de fundamento al 543: vélo; pero, estinguida la servidumbre principal, cesan el objeto y derechos á todos sus accesorios.

SECCION III.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS DEL PREDIO DOMINANTE Y SIRVIENTE.

ARTICULO 542.

La estension de las servidumbres establecidas por la voluntad del propietario se arreglará por los términos del título en que tengan su origen, y en su defecto por las disposiciones siguientes.

Final del 686 Frances: en lo que convienen y convendrán siempre todos los Códigos: *Si quid nominatim convenit: hoc servabitur: legem enim contractus dedit*, la 23 *de regulis juris:* vé sin embargo lo espuesto al artículo 536 y sus referencias.

ARTICULO 543.

El dueño del predio dominante puede hacer todas las obras necesarias para el uso y conservacion de la servidumbre, pero sin hacerla mas gravosa, y á su costa.

Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado en el título constitutivo á costear las obras, podrá librarse de esta carga, abandonando su predio al dueño del dominante.

Su primer párrafo encierra los artículos 697 y 698 Franceses, 618 y 619 Napolitanos, 487 y 488 de Vaud, 735 Holandes, 657 y 658 Sardos que añaden: «El dueño del predio dominante debe determinar el tiempo y modo de las obras, de suerte que el predio sirviente no esperimente sino la carga inevitable.» «Si los dos propietarios gozan de la cosa sujeta á usufructo, costearán los gastos de las obras en proporcion al provecho de cada uno.» Vé las leyes Romanas y de Partida citadas en el artículo anterior: ademas, *Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere*, leyes 10, título 1, y 4, párrafo 5, título 5, libro 8 del Digesto: hay otros varios ejemplos en las leyes 20, párrafo 1, título 2, 15, título 3 del mismo libro 8, en la 40, párrafo 1, título 1, libro 18 y en la 11, título 3, libro 39.

El segundo párrafo del artículo es el 699 Frances, 620 Napolitano, 489 de Vaud, 639 Sardo, 770 de la Luisiana y 736 Holandes.

Evaluit servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominen debere, sed rem: denique licere domino rem relinquere, escribit. Ley 6, párra-

fo 2, título 5, libro 8 del Digesto: véase lo que sobre esto he dicho al frente del capítulo 1 de este título 5 desde las palabras. «Son respectivamente un derecho y una carga, etc.»

Mas gravosa: conforme con la ley 4, párrafo 5, título 5, libro 8 del Digesto. *Non tamen silice si quis sternere velit, nisi nominatim id convenit*, y con la 11, título 3, libro 39 del Digesto, y esto no necesita fundarse.

A su costa: porque las hace en provecho suyo.

Abandonando: porque la obligacion no es puramente personal, sino real que afecta solamente al poseedor ó detentor de la cosa; artículos 1026 y 1027.

¿Será preciso abandonar toda la finca, ó bastara el abandono de la parte por la que se usa, ó egerce la servidumbre?

Este punto cuestionable en Derecho Frances no debe serlo segun el espíritu y latitud que la Comision dió á este artículo, pues se agitó esta misma cuestion y por lo mismo se puso su predio. La servidumbre pesa *habitualmente* sobre toda la finca, aunque su uso ó ejercicio *actual* se concrete á lugar determinado para que sea menos gravosa. Sin esto podria muchas veces hacerse ilusoria la obligacion; y solo bajo dicho concepto ha podido concederse al dueño del predio sirviente la facultad del párrafo 2 del artículo siguiente: el punto habria podido ser dudoso en Derecho Romano por la ley 13, párrafo 1, título 3, libro 8 del Digesto: *cæteræ agri partes liberæ sunt*, si habiera permitido la obligacion que nuestro artículo.

ARTICULO 544.

El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar, de modo alguno, el uso de la servidumbre contra el constituida.

Sin embargo, si el lugar asignado primitivamente para el uso de la servidumbre llegase á ser muy incómodo al dueño del predio sirviente, ó le privare de hacer en él reparos importantes, podrá ofrecer otro lugar igualmente cómodo al dueño del predio dominante, y este no podrá rehusarlo.

701 Frances, 739 Holandes, 622 Napolitano, 491 de Vaud, 661 Sardo, 773 de la Luisiana. *Si quid pars adversa contra servitutem ædibus tuis debitam injuriose extruxerit. Præses provinciæ revocare ad pristinam formam: damni etiam ratione habita pro sua gravitate curabit.* Leyes 1 y 5, título 34, libro 3 del Código; lo mismo se dice en la 11, título 2, y en la 9, título 5, libro 8 del Digesto; y en verdad que esta parte del artículo no necesita motivarse.

Sin embargo, etc. Locum qui servit, nemo religiosum facit, nisi

consentiat is, cui servitus deberetur. Sed si non minus commode per alium locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendæ causa id fieri: et ideo religiosus fit: et sane habet hoc rationem. Ley 2, párrafo 8, título 7, libro 11 del Digesto: lo que se confirma con otro ejemplo en la 14, título 1, libro 39.

Aun cuando no hubiera leyes, podria decirse de este caso lo que de otro parecido dijo el jurisconsulto Paulo; *Hoc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.* Puedo hacer todo lo que hecho me aprovecha, y no daña á otro: debo hacer todo lo que, sin daño mio, aprovecha á otro; y en las servidumbres se debe aspirar siempre á conciliar la mayor ventaja del predio dominante con la menor incomodidad del sirviente.

Por esto el artículo 749 de la Luisiana dice: «En caso de duda las servidumbres se interpretarán siempre en favor del predio gravado:» y es conforme á las reglas de interpretacion, artículo 1021.

SECCION IV.

CÓMO SE ESTINGUEN LAS SERVIDUMBRES.

ARTICULO 545.

Las servidumbres se estinguen.

1.° *Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y del sirviente sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo* 540.

2.° *Por el no uso durante treinta años.*

Este término principia á contarse desde el dia en que dejó de usarse de la servidumbre, respecto de las discontinuas; y desde el dia en que ha tenido lugar un acto contrario á la servidumbre, respecto de las continuas.

3.° *Cuando los predios viniesen á tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero esta revivirá, si en lo sucesivo el estado de los predios permitiera usar de ellas, á no ser que despues de establecida la posibilidad del uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripcion, conforme á lo dispuesto en el número anterior.*

Número 1. 705 Frances, 626 Napolitano, 495 de Vaud, 802 y 803 de la Luisiana, 671 Sardo, 753 Holandes.

Servitutes prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit. Ley 1, título 6, libro 8 del Digesto. *Nemo ipse sibi servitutem debet;* ley 10, título 4 del mismo libro. *Nulli enim res sua servit,* ley 26, título 2 del mismo.

Concuerdan las leyes 15 y 17, título 31, Partida 3. «Ca los omes

yanse de servir de sus cosas, non como en manera de servidumbre: mas usando dellas como de lo suyo,» dicha ley 13.

Si no se reuniere en una misma persona la totalidad de ambos predios, sino una parte determinada y divisa del dominante ó del sirviente, subsistirá la servidumbre activa ó pasivamente en la no reunida. Ley 30, párrafo 1, título 2, libro 8 del Digesto.

Enagenados ó separados despues los predios, ¿renace la servidumbre?

La citada ley 17 de Partida decidia general y absolutamente que no; y tambien la 30, título 2, libro 8 del Digesto, que es el original de aquella.

Nuestro artículo 540, haciendo una sola escepcion para el caso en él espresado, parece encerrar el mismo espíritu y sentido.

Pero creo que no se opone al artículo la distincion siguiente fundada en otras leyes Romanas, tan conformes á la sencilla razon, como á los principios generales de derecho.

Si el dominio adquirido en ambos predios fué temporal, resoluble ó condicional, y por esta causa llegan aquellos á separarse, continuará ó revivirá la servidumbre; por ejemplo, Pedro, dueño del predio dominante, lo vende con pacto de retroventa á Juan, dueño del predio sirviente. Si Pedro hace uso del retracto convencional, continuará ó revivirá la servidumbre, porque la venta se resuelve y es como si nunca hubiera existido: vé el capítulo 6 de la venta. El mismo Juan heredó á Pedro, que legó bajo condicion suspensiva el predio dominante á Pablo. Aunque por la aceptacion de la herencia haya confusion ó reunion de ambos predios en la persona de Juan, si, por existir despues la condicion, pasa á Pablo el predio dominante, será con el derecho activo de servidumbre sobre el de Juan, como si el legado hubiera sido puro, ley 18, título 1, libro 7 del Digesto y artículos 1031 y 1037.

El artículo 801 de la Luisiana es claro y conciso en este punto. «Si la reunion de los dos predios no se hubiese hecho sino bajo una condicion resolutoria, ó si cesase por una eviccion legal la resolucion del título haria revivir las servidumbres.»

Fuera de estos casos, cuando la confusion ó reunion de los dos predios se hizo para que fuese perpétua, á menos de sobrevenir alguna nueva causa para la separacion, la servidumbre, una vez estinguida, no revivirá si no se pacta al separarse los predios: *si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est;* ley 30, título 2, libro 8 del Digesto.

Número 2. Artículo 706 Frances, 627 Napolitano, 496 de Vaud, 673 Sardo, 754 Holandes, el cual añade: «Los treinta años no comienzan á correr sino desde el dia en que se ha hecho un acto apa-

rente y contrario á la servidumbre.» El 785 de la Luisiana dice: «La servidumbre se estingue ó prescribe por el no uso de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes;» pero no corre esta prescripcion segun el 788 contra el que no usó por un obstáculo que no pudo prever ni hacer cesar: ni corre segun el 791 contra las naturales y necesarias que traen su origen ó se derivan de la situacion de los lugares.

En cuanto al Derecho Romano y Patrio sobre este punto véase lo espuesto al artículo 537.

Por el no uso de 30 años.

¿El que usa de la servidumbre, pero no en el tiempo ó del modo debidos, se entenderá comprendido en el no uso?

Por Derecho Romano el que usaba de la servidumbre en otro tiempo del que debia usarla, se entendia que absolutamente no la usaba, y la perdia pasado el término de la prescripcion para el no uso. La ley 10, párrafo 1, título 6, libro 8 del Digesto, pone el caso de uno que, teniendo el derecho de agua por la noche, no la usó sino de dia, y dice: *Nocturnam servitutem amissit, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquæductum habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum.*

Perdia, pues, en este caso la servidumbre de que no habia usado, y no adquiria la que usó, á no concurrir todos los requisitos necesarios para la prescripcion.

Si la diferencia consistia, no en el tiempo, sino en el modo de usar de la servidumbre, dándole mayor ó menor latitud de la debida, se conservaba tal como fué constituida, sin ganar ni perder por ello. Pueden verse muchos ejemplos en las leyes 9, párrafo 1, título 5, 2, 8, párrafo 1, 9, y 11, título 6, libro 8 del Digesto: *Magis hic plus, minusve, quam aliud egisse videtur, sicuti si latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis quæstionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere*, dice la ley 11: en estos casos la diferencia solo fué sobre el *plus, minusve;* si se usó en otro tiempo *aliud actum est*: la razon parece á primera vista sutil, y sin embargo, se percibe alguna diferencia entre uno y otro caso.

Entiendo que el artículo siguiente quita toda duda y resuelve todos los casos como la ley 10, párrafo 1, título 6, libro 8 del Digesto, para cuando se usó fuera de tiempo: vé sin embargo el final del comentario de Rogron al artículo 708 Frances; usando del paso por la parte no señalada, no se usa de la servidumbre.

***Este término**, etc.* Es el artículo 707 Frances, 628 Napolitano, 786 y 787 de la Luisiana, 497 de Vaud, 674 Sardo: el 755 Holandes no

admite mas escepcion que la siguiente: «Si la finca, á la que se deba la servidumbre, ha venido á un estado que hace imposible el ejercicio de la servidumbre la prescripcion tendrá lugar por solo el lapso de 30 años á contar desde el dia, en que la finca pudo ser restablecida, de modo que fuese posible el ejercicio de la servidumbre.»

Por Derecho Romano y Pátrio se estableció únicamente respecto de las servidumbres urbanas, lo mismo que en este párrafo respecto de todas las contínuas: vé lo espuesto al artículo 537.

Respecto de las discontínuas: como su ejercicio ó uso necesita algun hecho del hombre, debe bastar el simple no uso para perderse por la prescripcion: vé el artículo 478.

Respecto de las contínuas: El uso ó ejercicio de estas es incesante sin necesidad de hecho actual del hombre: de consiguiente, el no uso solo puede comenzar desde que se estorbó el uso ó ejercicio por un acto contrario á la servidumbre: en la de *altius non tollendi*, por ejemplo, los 30 años no correrán, ni pueden empezar á correr, sino desde que el dueño del predio sirviente alzó su edificio, no pudiéndolo hacer á causa de la servidumbre.

Número 3. Encierra los artículos 703 y 704 Franceses, 624 y 625 Napolitanos, 493 y 494 de Vaud, 669 y 670 Sardos, 780 y 781 de la Luisiana, 750 y 752 Holandeses.

¿Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquæductus amissus erit, queritur? Ley 34, título 3, libro 8 del Digesto: *Sucurrendum his putavi: quod jus habuerunt id eis restitui placet*, ley 35 del mismo título: lo mismo se dice en la 20, párrafo 2, y en las 31 y 33, título 2, libro 8 del Digesto.

La diferencia entre nuestro artículo y las leyes Romanas consiste en que segun estas revivia la servidumbre aun cuando hubiera pasado el tiempo necesario para la prescripcion, porque no hubo culpa ó negligencia en el no uso: nuestro artículo y los Códigos modernos establecen lo contrario, porque la libertad natural de las fincas reclamaria contra el efecto de la vuelta al primer estado, si pudiera tener lugar despues de una duracion indefinida de tiempo, y no tener otro término que la misma vuelta: vé lo que he espuesto al número 7 del artículo 464.

Tambien se estinguen las servidumbres por la remision, y por resolverse o desvanecerse el derecho del que las concedió, á lo que he aludido en la cuestion del número 1, porque es inconcuso en derecho que, *soluto jure dantis*, *solvitur jus accipientis*.

ARTICULO 546.

El modo de la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera.

708 Frances, 756 Holandes, 629 Napolitano, 675 Sardo, 498 de Vaud, 792 de la Luisiana; leyes 10, párrafo 1, título 6, libro 8, y 5 párrafo 1, título 20, libro 45 del Digesto.

El modo de usar de la servidumbre no puede ser de otra, ni mejor condicion que la misma servidumbre: puede, pues, ser prescrito como la misma servidumbre y de la misma manera.

Siendo las servidumbres contínuas y aparentes, las únicas que pueden adquirirse por prescripcion segun el artículo 537, tambien serán las únicas que puedan ser aumentadas por la misma; pero todas las servidumbres, inclusas las del artículo 538, pueden ser disminuidas por la prescripcion en el modo de usarlas.

Si, pues, teniendo yo el derecho de abrir tres ventanas en la pared del vecino, he abierto cuatro, al cabo de 30 años adquiriré por la prescripcion un aumento de esta servidumbre, que es contínua y aparente: si no he abierto sino dos, á la vuelta de los mismos 30 años, no podré abrir ya la tercera.

Pero si tengo el derecho de pasto para mi ganado en el prado vecino un dia á la semana, y le hago pacer todos los dias, no podré prescribir este aumento, por ser una servidumbre discontínua que, no pudiendo adquirirse por prescripcion, tampoco puede aumentarse por la misma.

Podrá, pues, ocurrir en las servidumbres discontínuas que se pierda la ya constituida, y no se adquiera la otra; como si teniendo yo el derecho de pasar por una parte determinada de la heredad, paso durante 30 años por otra parte diferente: en este caso quedará estinguida por el no uso la primera servidumbre y no adquiriré la otra, pues siendo discontínua, no puede adquirirse sino en virtud de título.

ARTICULO 547.

Si el predio dominante perteneciese á varios pro-indiviso, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripcion respecto de los demas.

Igualmente el dueño contra quien, por leyes especiales, no puede prescribirse, conservará el derecho de todos los demas.

790 y 710 Franceses, 630 y 631 Napolitanos, 499 y 500 de Vaud, 678 y 679 Sardos, 797 y 798 de la Luisiana y 757 Holandes hasta la palabra «Igualmente».

Si plurium fundo iter aquæ debitum esset, per unum eorum omnibus his, inter quos fundus communis fuisset, usurpari potuit. Ley 16, título 6, libro 8 del Digesto. *Si communem fundum ego et pupillus haberemus licet uterque non uteretur: tamen propter pupillum, et ego viam retineo.* Ley 10 del mismo título.

La primera parte del artículo es conforme á la ley 18, título 31, Partida 3: la segunda lo es á la 8, título 29 de la misma Partida.

Pro-indiviso: el artículo, y todas las leyes citadas, exigen que el predio sea comun, porque si se ha dividido, se reputarán tantos predios como partes ó divisiones; *non est pars fundi, sed fundus*, ley 6, párrafo 1, título 4, libro 8 del Digesto.

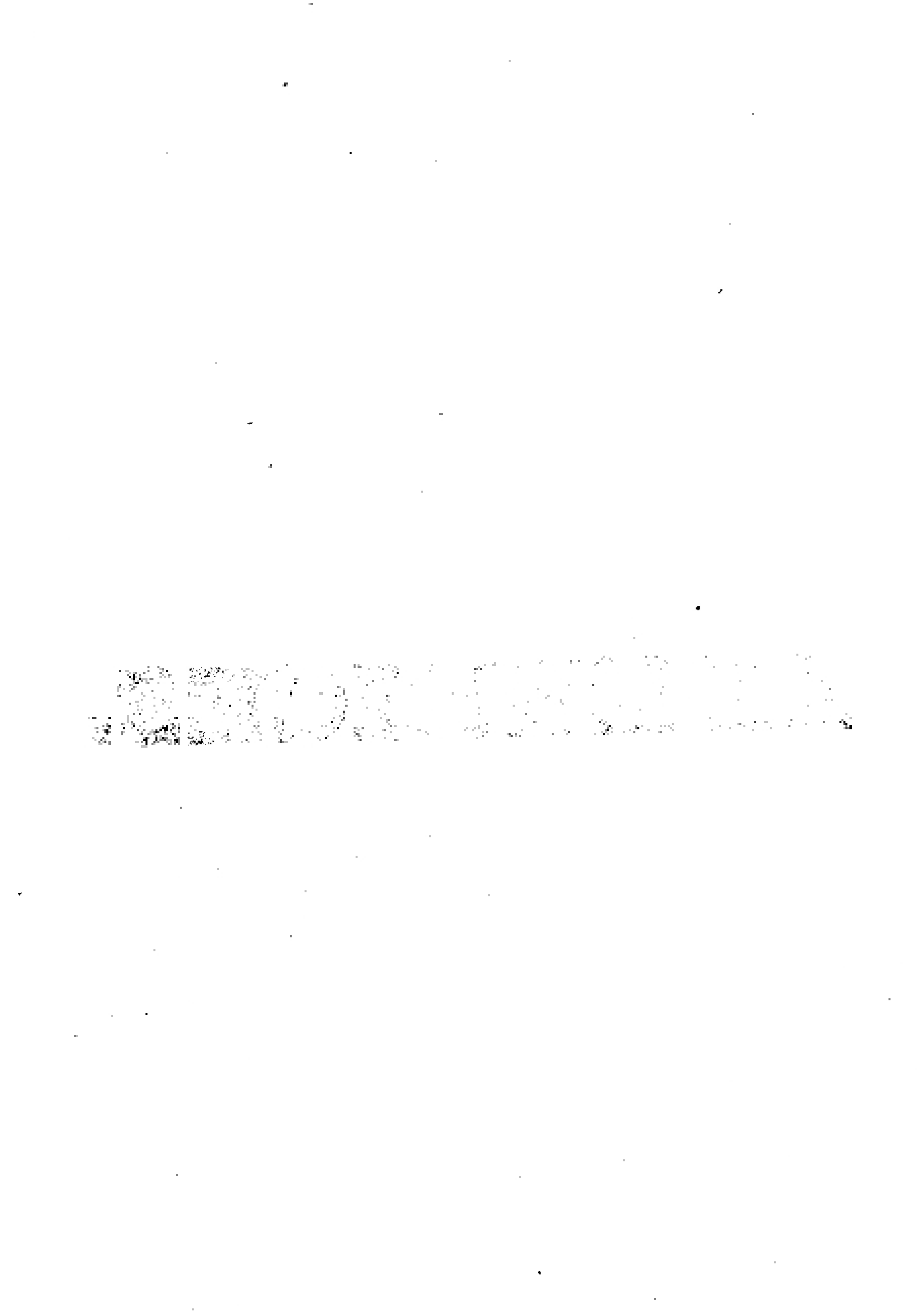
Respecto de los demas: porque es uno é inseparable el derecho de todos mientras la finca permanezca en comun, y todos se consideran respecto de ella como un solo propietario; el que usa de la servidumbre lo hace por todos y para todos.

Por leyes especiales. En la ley 10 Romana, arriba citada, habia un ejemplo; siendo la servidumbre indivisible como lo son todas las cosas incorporales, y no corriendo su prescripcion contra el pupilo, dejaba tambien de correr contra sus sócios ó comuneros.

En el dia no podrá tener lugar este ejemplo, pues segun el artículo 1991 la prescripcion correrá tambien contra los menores; pero en el mismo se reconoce la escepcion de este artículo: «A no ser que la ley disponga espresamente lo contrario;» es decir, que por «leyes especiales» puede establecerse que no corra la prescripcion contra ciertas personas.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

APÉNDICES.



APÉNDICES.

Número 1. (1).

Al proponer yo la base que se discute, estaba muy lejos de creer que habia de merecer el honor de dos discusiones, honor que (si mal no recuerdo) no ha merecido hasta ahora otra alguna: yo creia muy sencilla su resolucion en pró ó en contra de mi sentido, tanto por las doctrinas generales é incontestables en materia de matrimonios, como por las bases que tenemos ya aprobadas: la discusion nos ha estraviado en vez de ilustrarnos: habemos llamado á juicio toda la historia, y casi todos los puntos de jurisdiccion Eclesiástica, desde las penitencias públicas hasta los recursos de fuerza; yo voy á ver si puedo restablecer la base en su sencillez primitiva, tal como yo la concibo.

Declaro ante todo en nombre de la Seccion, que esta no puede admitir la adiccion ó enmienda del señor N., no solo porque destruye la base en sí misma, sino porque, admitiendo un doble juicio de divorcio y ante jurisdicciones independientes, se agravarian los males del sistema actual, que con tanta gracia y viveza ha pintado el señor N., y pondria en ridículo una de las dos jurisdicciones, que regularmente seria la temporal.

La Seccion, pues, entiende la base en el sentido natural de sus palabras: *el juicio ó conocimiento contencioso de las causas de divorcio será absoluta, omnímoda y esclusivamente de la competencia del Juez seglar, en términos que, si despues de aprobada la base, se instruyera demanda de divorcio ante el Juez Eclesiástico, procederia de lleno el*

(1) Este apéndice corresponde al artículo 75.

recurso de fuerza en conocer y proceder : en este solo sentido ha de ser aprobada ó desechada.

Dijo el señor N., que su adiccion ó reserva no era mas que una dedadita de miel que se daba al Clero, y un medio indirecto para hacer caer en desuso las causas eclesiásticas de divorcio.

El señor N. tan versado en la historia de las usurpaciones eclesiásticas, se hace sobre esto cándidas ilusiones: un solo pontificado (el de Gregorio VII) bastó para que la potestad Eclesiástica invadiera desde el trono imperial hasta la cabaña: cien reinados vigorosos no han alcanzado á restablecer los antiguos y naturales límites; y mas de una vez ha sido forzoso apelar al funesto estremo de cismas y revoluciones.

Jamás se engañó al Clero, ni jamás se le engañará con dedaditas de miel, ni nosotros debemos aspirar á este recurso débil y vergonzoso: si nos asiste el derecho, y creemos que la conveniencia pública reclama su ejercicio, hagámoslo franca y noblemente.

Pero en este caso, añadió el señor N., tendremos contra nosotros á Jesu-Cristo y á San Pablo, entraremos en disputas y conflictos con el Clero, y saldremos con las manos en la cabeza.

Yo entiendo que los temores del señor N. son infundados y exagerados. Cuando el Clero se hallaba en pacífica posesion de todas sus usurpaciones, el menor conato ó esfuerzo de la potestad temporal para restringirlas daba ocasion á escándalos, y venia á ser como una declaracion de guerra: hoy dia el Clero tiene cuestiones mas altas y de mayor trascendencia en que hacerse firme ó guerrear, intereses mas positivos y materiales que revindicar: las causas de divorcio (salvo siempre el vínculo del matrimonio) deben ser para él mas subalternas.

Y de todos modos, ¿ será menos temible dándole nosotros mismos armas para combatirnos, que desarmado? Con la adicion del señor N., ¿no es cierto que sobre los inconvenientes ya mencionados de un doble juicio podrá el juez eclesiástico hacer nula é irrisoria la declaracion del divorcio hecha por el Juez seglar, ó vice-versa? ¿Y en tal caso cohabitarán ó no los esposos, que es el efecto principal del divorcio? Paso á la cuestion de derecho.

¿Puede la autoridad temporal separar el contrato del sacramento, y arreglar enteramente el matrimonio bajo el primer aspecto por las leyes civiles?

La historia y legislacion de todos los pueblos cristianos, incluso el Español, nos suministran pruebas de que la potestad temporal ejerció por varios siglos este derecho *magestático, imprescriptible, inalienable;* y no hay escritor imparcial y de sano juicio que no reconozca hoy este mismo derecho en los Príncipes y Gefes supremos de la Sociedad, á pesar de su desprendimiento tácito ó espreso, *porque la sociedad civil*

no puéde desprenderse para siempre de su poder legislativo en materia de contratos, ú otra alguna profana: yo no puedo creer que se ponga hoy seriamente en duda un derecho que se nos ha inculcado en las escuelas bajo el poder absoluto, y la terrible vigilancia de la Inquisicion.

Podriamos, pues, haber invocado y hecho revivir este derecho sin queja, ó al menos sin agravio de la autoridad eclesiástica: si no lo habemos hecho, ha sido debido á consideraciones políticas y de mera conveniencia pública.

El que se detenga por la autoridad de los cánones 4, 8 y 12 del Concilio de Trento, *habrá de negar este principio de derecho público universal*; *y para quien tal niegue, está por demas toda discusion y raciocinio.*

¿Pero de dónde deriva para nosotros su autoridad el Santo Concilio de Trento en todo lo que no atañe á la moral y al dogma? De una ley del Reino, de la cédula de 12 de julio de 1564, ley 13, título 1, libro 1, Novísima Recopilacion, en la que el Señor Don Felipe II decia: «habemos aceptado y recibido, aceptamos y recibimos el dicho sacrosanto Concilio, y queremos que en estos nuestros Reinos séa guardado, cumplido y ejecutado.»

En manos, pues, de aquel Monarca estaba el aceptarlo ó no, como no lo aceptó el vecino Reino, cuyos Gefes supremos se llamaron por antonomasia entonces y despues *Cristianisimos*: una ley del Reino dió fuerza al Concilio; otra puede quitársela, porque ya he dicho que *el poder legislativo es un derecho magestático, imprescriptible, inalienable.*

El mismo Don Felipe II lo reconoció así en aquella solemne ocasion, pues el Concilio no fué admitido en los términos absolutos que aparecen de la mencionada Real Cédula, sino con la cortapisa espresa en otra Real carta de igual fecha que dejaba á salvo la regalía, y las otras cosas que estaban en uso y observancia en el Reino.

Y por cierto que nada de nuevo nos trajo el Concilio de Trento en esta materia. Las leyes 11, 56, título 6, Partida 1, y 7, título 1, Partida 4, hechas bajo el influjo de las mismas doctrinas que los cánones del Concilio, tenian ya reconocidas como espirituales las demandas por razon de los diezmos, ó de primicias, ó *de casamiento*; por manera, que ni antes ni despues del Concilio hay mas obstáculo que una simple ley del Reino, ley desconocida en el primero de nuestros Códigos.

Ademas; para entender bien los motivos y fines de la mayor parte de los cánones del Concilio relativos á la reforma del matrimonio, es preciso leer su historia y discusiones, aunque no sea sino en el cardenal Pallavicini, escritor ciertamente poco sospechoso: en ella se verá que los tales cánones iban encaminados mas bien á condenar ciertas

proposiciones de Calvino, altamente ofensivas á la Iglesia, que á estatuir sobre el fondo mismo de las cuestiones, como se echa de ver en lo tocante á los matrimonios de los hijos de familia sin el consentimiento paterno, y á la indisolubilidad del vínculo por el adulterio.

Me es forzoso repetir que para quien tome á la letra y aisladamente los cánones mencionados y particularmente el 12, para quien tenga en este punto la decision y autoridad del Concilio por superior á toda ley humana, está ya resuelta la absoluta inhibicion de la potestad temporal en las causas de separacion en cuanto al lecho y mesa, y en todo lo concerniente al matrimonio, aun como contrato, porque el Concilio no hace distincion ni escepcion alguna.

A mi no me arredraria que hubiese sido tal la intencion del Concilio, ni tampoco una declaracion especial y esplícita del mismo: acatando sus decisiones en lo concerniente á la moral y al dogma, diria de estos cánones, como dijeron nuestros mayores en las córtes de Guadalajara en materia de diezmos, *que estaban hechos por clérigos en favor de clérigos y para sostener sus invasiones* ó usurpaciones de jurisdiccion.

Pero séame permitido recordar que el mismo Concilio en la siguiente sesion 25, capítulo 20, afirmó que la inmunidad eclesiástica, tanto real como personal, es de derecho divino. *Dei ordinatione et canonicis santionibus constituta*: ¿y en qué ha venido á parar entre nosotros y en casi todo el orbe cristiano *esta solemne y magnífica declaracion*?

El que haya votado por la unidad de fuero segun el artículo 4 de la Constitucion, el que reconozca que segun el 6.° está obligado todo Español á contribuir en proporcion de sus haberes á los gastos del Estado, no puede sacar para la cuestion presente mas partido del cánon 12 sobre causas matrimoniales que el que sacaria del capítulo 20, sobre el derecho divino de la inmunidad.

El que puede lo mas, puede lo menos: podemos separar el contrato del Sacramento, y no lo hacemos: la consecuencia legítima y forzosa de esto era atribuir á la jurisdiccion eclesiástica el conocimiento de todas las causas de nulidad.

Las causas sobre la validez ó nulidad de los sacramentos son de las que los canonistas llaman *meramente eclesiásticas*, aunque de las de esta especie apenas se ventilan en el foro contencioso otras que las matrimoniales. Si se trata de su validez, no hay mas Juez competente que el eclesiástico; pero pueden tratarse ante el seglar, cuando la cuestion sea de puro hecho, por ejemplo, *an sit initum matrimonium, non an sit validum.* (Hoy mismo se ventila ante un Juez de primera instancia de Madrid esta cuestion sobre una Grandeza de España.)

Pero las causas del divorcio impropio *ó separacion en cuanto al lecho y mesa* dejan siempre intacto el vínculo y la validez del matrimonio.

Por esto los canonistas no las colocan entre las espirituales y meramente eclesiásticas, aunque se hayan abrogado su conocimiento como tambien el de los esponsales simples.

Benedicto XIV, citado por Elizondo en su tomo 7, página 191, dice: «Las causas escitadas sobre la validez de esponsales, ó sobre el derecho de los divorcios en cuanto á la mútua cohabitacion, corresponden al eclesiástico, solo por aquel respeto que tienen al matrimonio.» Es, pues, inmensa, palmaria y reconocida por todos la diferencia y distancia entre estas y las de nulidad, en que se ataca la subsistencia misma del Sacramento; ¿lo hay por ventura en los esponsales? ¿Y no queda todavia en pié despues del divorcio?

Socolor de la relacion ó respeto con el matrimonio se arrogaron tambien los jueces eclesiásticos el conocimiento sobre espensas, dotes y alimentos, que les fué quitado por la ley 20, título 1, libro 2, Novísima Recopilacion.

La base propuesta para las causas de divorcio procede naturalmente de la adoptada para las de nulidad.

¿Qué es lo que se pretende con la reserva indicada? ¿Cuál puede ser el resultado?

Si la tendencia de esto es al foro interno, las leyes nunca se mezclaron, ni deben mezclarse en él.

¿A comparendos y amonestaciones? La ley no los prohibirá.

¿A las censuras? Tampoco las prohibirá, salva siempre la Regalía contra su abuso.

¿Tiende á la formacion de un nuevo juicio? Entonces duplicamos los juicios lejos de reformar los abusos del único que hoy se conoce; y mas de una vez tropezaremos con los inconvenientes de dos ejecutorias encontradas sobre una misma cosa.

Dícese que se suspende la individuidad de vida y el pago del débito, que son de derecho divino.

Yo digo que uno y otro los lleva el contrato, aunque se le desnude del carácter de Sacramento; y á fé, que si el matrimonio es Sacramento en cuanto representa la union de Cristo con la Iglesia, ni aun los jueces de esta podrian conocer de tales causas, porque Cristo nunca se ha divorciado, ni divorciará con ella.

¿Pero las leyes civiles no suspenden en otros casos con mayor rigor y por mas tiempo la individuidad de vida y el pago del débito? ¿No serán estos los efectos necesarios de toda condenacion á reclusion y trabajos perpétuos? ¿Podrá por esto la jurisdiccion eclesiástica ingerirse en los casos y efectos de estas penas?

En toda causa de divorcio se ha de tratar sobre un delito ó gran culpa, y generalmente sobre la crueldad ó adulterio: la separacion es una pena en sí misma, y puede ser accesoria de otra: la ley no hará mas que señalar una á un delito que es de su competencia, como lo son el adulterio y malos tratamientos.

Criados en la confusion, no echamos de ver lo absurdo y monstruoso del estado en que vivimos.

La acusacion de adulterio se intenta hoy criminalmente ante el juez seglar. Condenada la muger á seis ó mas años de reclusion, si el marido quiere intentar el divorcio, tiene que acudir al eclesiástico sin que le aproveche de nada su egecutoria en la causa de adulterio: nuevos autos y nueva egecutoria, que podrá ser contraria á la anterior: la absurdidad es igual si precedió la demanda de divorcio á la acusacion de adulterio.

En el caso de sevicia ó crueldad puede subir de punto el absurdo, porque habrá casos en que el mismo juez seglar tenga que proceder de oficio, ó imponer una pena inmediata á la capital, por ejemplo, si ha habido tentativa ó principio de ejecucion para el asesinato de su esposa, calificado de parricidio por nuestra actual legislacion.

Pues bien; esta misma esposa, cuyo marido estará sufriendo diez años de presidio con retencion, ó tal vez trabajos perpétuos por el nuevo Código, no se tiene por legalmente divorciada, si no acude al eclesiástico, quien, despues de los gastos y molestias de un nuevo proceso, podrá fallar en sentido contrario.

Igual absurdo y barbarismo habemos presenciado para la simple degradacion de eclesiásticos reos de delitos atrocísimos, como el funestamente célebre capuchino de Huercanos condenado á muerte por la sala de alcaldes de Valladolid. El obispo de Calahorra se negó á la degradacion, alegando que para ella debia formar de nuevo el proceso por si sola la autoridad eclesiástica; y el capuchino quedó impune y libre en 1808.

La base propuesta por la Comision salva todos estos inconvenientes; un mismo juez, unos mismos autos y una misma sentencia decidirán sobre el divorcio ó separacion y sobre las demas penas del delito.

Sesion del 8 de noviembre de 1845 en que fué aprobada la base.

La enmienda ó adicion del señor N. decia: «Salva la facultad de la autoridad eclesiástica por lo que hace á los efectos espirituales.»

La enmienda fué desechada por la Comision general en 9 de noviembre de 1845, y la base fué aprobada tal como se encuentra en el artículo.

Sobre el tenor de este artículo y el del 48 habia yo inaugurado la cuestion en el seno de la Seccion del Código civil, encargada de propo-

ner sus bases en los términos siguientes: (téngase presente la época en que me espresaba.)

¿Habrá de regirse como hasta aquí la materia de matrimonios y divorcios por los cánones y disciplina de la Iglesia? ¿Habrá de separarse el contrato del sacramento, gobernándose el primero en su forma y esencia, en todos sus efectos y consecuencias por las leyes civiles?

Para mí la cuestion de derecho, considerada en tesis, abstracta y aisladamente, es de pronta y fácil resolucion.

El contrato matrimonial es del resorte y competencia del Soberano temporal tanto como lo son los demas contratos. La historia y las legislaciones de todos los pueblos atestiguan esta verdad: nuestro primer Código nacional (el Fuero Juzgo) lo confirma, y no hallamos ejemplos de lo contrario hasta el Fuero Real y las Partidas, época en que el Sacramento habia atraido á sí el contrato, y la disciplina eclesiástica habia llegado ya á ser en este punto la legislacion civil de todo el orbe cristiano.

Pero la cuestion tiene otro lado ó aspecto mas importante y delicado, á saber: el de la oportunidad y conveniencia pública; y este es el aspecto único bajo el que deben ser resueltas por el legislador todas las cuestiones.

¿Conviene en nuestro estado de oscilacion y division interior, en el de nuestro aislamiento y prevenciones ó enemistades de afuera, arrojar una nueva tea que avive dentro el fuego de la discordia, y dificulte mas en el esterior nuestras relaciones, nuestro reconocimiento y reconciliacion con la gran familia europea, sobre todo con la corte Romana?

La necesidad de un nuevo y pronto Concordato con esta última no hay hombre de sano juicio que no lo reconozca y confiese, que el estado de la Iglesia española es por demas lastimoso: el interes público reclamaba á no dudar grandes reformas, y están hechas; yo prescindo del modo: y aunque la autoridad temporal sea competente para hacerlas (punto en que no convendrá tan fácilmente la curia Romana), tal vez interesará legitimarlas (aunque no sea sino *proforma*) con su sancion ó reconocimiento: los compradores, por ejemplo, de bienes nacionales se creerán de este modo mas seguros.

Pero á nadie se oculta que en otros varios puntos, de ningun contacto é influjo en la prosperidad pública, ha habido demasías y violencias; que se ha dado la alarma dentro á las creencias religiosas, y fuera á la misma Curia Romana con ciertos proyectos como los del ex-ministro N.

Si, pues, estos proyectos, aunque basados en su mayor parte sobre

la antigua disciplina Española, fueron recibidos con desagrado, y mirados como una innovacion peligrosa é inoportuna por la misma Comision de Córtes, encargada de su exámen, ¿dejaria de ser tan peligrosa y mucho mas inoportuna la innovacion que ahora se propusiera en la materia de matrimonios? Yo añadiré que en la fisonomía y tendencias de la situacion actual, seria ademas una contradiccion y un anacronismo.

En el artículo 552 del Código Penal de 1822 se decia: «Matrimonios clandestinos son aquellos que se contraen sin las formalidades que ha establecido la Iglesia, y han reconocido *ó reconocieren en adelante como esenciales y necesarias las leyes* del Reino; los cuales por lo tanto son nulos en cuanto á los efectos civiles.»

Con un artículo parecido á este se evitarian los inconvenientes de la innovacion, y se salvarian tácita y delicadamente los derechos de la Autoridad temporal para lo sucesivo.

Numero 2. (1)

HIJOS NATURALES: SUS REQUISITOS.

En los Códigos antiguos se encuentra acerca de hijos naturales una gran ventaja sobre los modernos; á saber: la definicion clara y exacta que dieron de los tales hijos.

Por Derecho Romano lo fueron únicamente los habidos en concubinato, cuya índole y condiciones legales eran clarísimas.

El concubinato era permitido ó tolerado, *licita consuetudo* segun la ley 6, título 57, libro 6 del Código: el título 26, libro 5 del mismo, y el 7, libro 25 del Digesto, llevan el epígrafe *de concubinis*.

Pero, como acabo de indicar, su índole y condiciones legales eran clarísimas: en sus principios vino á ser como un matrimonio desigual: la ley Julia Papia Popea, que habia prohibido el matrimonio entre ciertas personas por la desigualdad de condiciones, les permitió, sin embargo, vivir en concubinato: *ex inæquali conjugio sobolem*, llama la ley 5, título 27, libro 5 del Código, á los naturales.

La concubina habia de ser una sola y cohabitar con el varon, *uxoris loco sine nuptiis in domo sit*; ley 144, título 16, libro 50 del Digesto; Novela 18, capítulo 5, y Novela 89, capítulo 12, párrafo 5: habia de ser tenida con ánimo y afecto de tal concubina, y era necesario hacerlo así manifiesto, tratándose de muger ingénua y de vida honesta,

(1) Al capítulo 3, título 4, libro 1.

para no incurrir en las penas del estupro; leyes 3, párrafo 1, título 1, libro 24, y 3, título 7, libro 25 del Digesto: el casado no podia tener concubina, ley única, título 7, libro 25 del Código.

Regulado así el concubinato, estaba por demas el reconocimiento del padre: no pudiendo caber duda sobre aquel, tampoco podia haberla sobre que los hijos habidos en el mismo fuesen naturales.

El Emperador Leon, llamado con razon ó sin ella, *el sabio y el filósofo*, abolió por su Novela 91 hácia fines del siglo IX el concubinato, como injurioso á la Religion y á la misma naturaleza; *¿cum puras aquas haurire liceat, lutum mavis?*

El Fuero Juzgo calla sobre concubinato y sobre hijos naturales: silencio honroso, y tal vez único en los fastos de la legislacion.

Pero en los siglos transcurridos desde su publicacion hasta la del Fuero Real en 1255, habian sin duda alguna sufrido gran cambio las costumbres, pues el segundo habla ya de hijos habidos en *barragana*, (ley 1, título 6, libro 3,) *que no son de bendicion*, (ley 17, idem) *de muger soltera é de ome soltero, é el ome los recibiese por fijos*. (Ley 3, título 8, libro 3.)

El autor del Fuero Real, que lo fué tambien de las Partidas, restableció en los títulos 14 y 15 de la cuarta, con el nombre de *barraganas*, toda la legislacion Romana sobre el concubinato é hijos naturales ó de *ganancia*.

Que el barraganato fué grato y echó hondas raices, lo prueba bien la tan sabida carta de mancebía y compañería otorgada en Avila á 15 de abril, era de 1398 (año 1360) por la que Nuño Fortunyes recibió por manceba y compañera para todos los dias de su vida á doña Elvira Gonsalvez, con placer de los parientes de esta, donándole ciertas casas y heredades.

El trascurso del tiempo hizo sentir de nuevo su influjo en el cambio de costumbres.

El Derecho Canónico reprobaba el concubinato, al paso que con la mayor propiedad, claridad y sencillez, definia al hijo natural, habido *ex soluto et soluta*, de padre y madre libres para contraer matrimonio.

Suscitáronse pues, dudas sobre si era ó no necesario que la muger de quien se hubo el hijo, debia haber sido retenida en casa del padre ó cohabitado con él, y si debia ser una sola; en una palabra, si para la calidad de hijo natural subsistian las leyes sobre el concubinato ó barraganato.

La ley 11 de Toro, hoy recopilada 1, título 5, libro 10, decidió estas dos dudas clara y categóricamente en sentido negativo: sin embargo, los intérpretes movieron voluntariamente otra duda sobre esta misma ley, á saber: si era necesario el reconocimiento espreso, ó bastaria el

tácito, deducido de presunciones fundadas en hechos, como el de alimentar y educar al pretendido hijo: la práctica se decidió generalmente por el tácito, y aunque no se puede negar que sea humana y piadosa, ha de ser muy difícil su conformidad con el espíritu de la ley, y que no haya dado ocasion á pleitos escandalosos.

Mas fundada y difícil ha sido la otra duda á que da lugar la alternativa *literal* de la ley entre el tiempo de *la concepcion y el del nacimiento*. Yo no puedo creer que la ley haya querido hacer un ultraje á la moral y á la santidad del matrimonio; y esto se verificaria de tomarla á la letra como pretenden algunos.

Un marido ha estado ausente en América por muchos años, y muere el 30 de diciembre: su esposa infiel libra en España el 31 del mismo: ¿podrá el adúltero reconocer al hijo alegando que pudo casar con la madre sin dispensacion al tiempo del nacimiento? ¿Quedará este hijo legitimado por el subsiguiente matrimonio de los adúlteros, y heredará á la madre juntamente con los legítimos del matrimonio anterior? Lo repugnante del caso podria llevarse hasta el estremo de haber sido condenados los adúlteros á instancia del marido que regresó, por ejemplo, dos meses antes del parto y murió el dia antes de verificarse.

Las leyes 2, título 15, Partida 4, y 8, título 13, Partida 6, atendian solo al tiempo de la concepcion, y negaban á estos hijos el concepto y derechos de naturales, «porque fueron fechos en adulterio.»

La letra de la ley de Toro se resiste á que se tome su *disyuntiva* por *conjuntiva*, como pretenden algunos, aunque alguna vez *conjuncta pro-disjunctis, et disjuncta pro-conjunctis accipiantur*, ley 53, título 16, libro 50 del Digesto, y sin embargo, es preciso admitir todo antes que el escándalo.

Como quiera, el Derecho Romano y Patrio tienen la ventaja de definir los hijos naturales, en vez de que los Códigos modernos hablan y tratan de ellos sin haberlos antes definido.

El Código Frances, por ejemplo (puesto que casi todos le siguen), da el epígrafe «De los hijos naturales» al capítulo 3, título 7, libro 1, y en la Seccion primera trata de su legitimacion; en la segunda, de su reconocimiento.

¿Pero cuáles son estos hijos naturales que pueden ser legitimados ó reconocidos? ¿Dónde está su definicion? En vano será buscarla.

Dice sí en la Seccion primera que pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio todos los nacidos fuera de él, menos los incestuosos y adulterinos, callando sobre el tiempo de la concepcion.

En la Seccion segunda siguiente prohibe tambien «el reconocimiento de los hijos nacidos de un comercio incestuoso ó adulterino:» guarda, pues, consecuencia con la Seccion primera.

Pero como en el artículo 396 se permite al padre reconocer al hijo sin indicar la madre, puede quedar ilusoria en muchísimos casos la sábia y moral restriccion del artículo anterior.

De los tres discursos motivados sobre el título Frances *De la paternidad y filiacion*, solo en uno se presta atencion á este gravísimo inconveniente, y, como de paso y con vergüenza, se dice: «Fácil es de ver todo lo que puede producir esta facultad de una declaracion solitaria. Pero vale mas para la sociedad tolerar lo que ella ignora, que saber lo que debe castigar:» esta disposicion era una consecuencia forzosa de estar prohibida la investigacion de la paternidad.

El reconocimiento aislado ó solitario del artículo 336 Frances ha sido adoptado en el 181 Sardo, 223 de la Luisiana y 239 Napolitano: el 339 Holandes no permite al padre reconocer al hijo natural en vida de la madre, si esta no lo consiente.

El artículo Frances 340, por el que se prohibe la investigacion de la paternidad, ha sido copiado en el 263 Napolitano y en el 342 Holandes; pero la autorizan el 182 de Vaud, 226 de la Luisiana, 163 Austriaco y 618 Prusiano.

El 185 Sardo la permite en los casos siguientes: «primero, cuando se produzca un escrito emanado del individuo indicado como padre del niño, en el que declare su paternidad, ó del cual resulte que haya dado al niño una série de cuidados á título de paternidad; pero la accion no podrá ser propuesta sino en vida del padre: segundo, en el caso de rapto ó estupro violento, cuando el tiempo de ellos corresponda al de la concepcion:» este segundo caso ha sido tomado del Código Frances.

Al meditar yo sobre tantas y tan encontradas legislaciones, me asaltó el pensamiento de que podria volverse á la sencillez y pureza del Fuero Juzgo, dando así á nuestro Código un rasgo original y altamente ventajoso en el órden moral sobre todos los Códigos modernos.

Creia yo que un buen Código no debe mancharse con las repugnantes categorías de hijos naturales, espúreos, adulterinos, sacrílegos, incestuosos; que la palabra hijo debe llevar siempre consigo y representar necesariamente la idea del matrimonio; que solo debe quedar abierta esta puerta á los que aspiren al dulce nombre de padre; que de este modo se estimula al matrimonio y se realza su dignidad; que no merecen consideracion alguna los que falso *cœlibatus nomine* (Novela 89 del Emperador Leon) ni tienen la virtud de castidad conveniente al celibato, ni el valor necesario para arrostrar con las cargas y trabajos del matrimonio; y últimamente, que, si despues de sus fragilidades ó estravios, quieren mostrarse padres hácia el fruto de ellos fuera del matrimonio, les queda abierta la puerta de la adopcion sin escandalizar dán-

doles publicidad, y sin ocupar al legislador con el arreglo enojoso de sus consecuencias.

No se me ocultaba que mi pensamiento era demasiado austero para encontrar una favorable acogida; pero quise probar fortuna y ver si en un arranque generoso de moralidad y de amor propio podia conseguir su adopcion.

Manifesté, pues, verbalmente mi pensamiento á la Seccion del Código civil: el señor N. se asoció á él con una adicion que no tuve inconveniente en admitir, y firmamos la base ó proposicion siguiente:

«La ley no reconoce por hijos, para los efectos civiles, sino los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio: sin embargo, cuando por mediar entre los padres, al tiempo de la procreacion del hijo, algun impedimento, hubieren ellos pedido y obtenido de comun acuerdo la dispensa, si por la muerte de uno de ellos ú otra causa independiente de su voluntad no se realizare el matrimonio, tendrá el hijo derecho á llevar los apellidos de los padres, á ser alimentados por estos, y á lo demas que se dirá en el título de herencias.»

«Los mismos derechos tendrá el hijo procreado por padre y madre libres, si por iguales causas no pudiere verificarse el matrimonio, despues de haber aquellos declarado la filiacion en sus capitulaciones matrimoniales.»

Pero el señor N. tenia presentada esta base en los términos siguientes:

«El padre ó la madre podrán reconocer al hijo ilegítimo que hubiere sido procreado cuando la persona por quien es reconocido se hallaba en aptitud de casarse. Este reconocimiento dará al hijo el derecho de llevar el apellido y recibir alimentos del padre ó madre que le hubiere reconocido; y de los dos si por ambos se hiciere el reconocimiento hallándose en las circunstancias espresadas:» esta base ó proposicion viene á ser en sustancia el artículo 336 Frances ó 125 nuestro.

La Seccion, sin decidirse por una ú otra de las dos bases, acordó pasarlas á la Comision general, donde principió la discusion de la mia en 9 de enero de 1843, y siguió hasta el 16 en que fué desechada por mayoría absoluta; y quedó aprobado el artículo 336 Frances con todos sus inconvenientes y eventualidades: un hermano podrá reconocer por hijo natural al habido en su hermana, y lo mismo podrá ocurrir en los adulterinos y sacrílegos.

Con este motivo pronuncié yo entonces el discurso siguiente:

Señores: Esta es la cuarta sesion de vivas y luminosas discusiones sobre mi base; ninguna otra nos ha ocupado hasta ahora tanto tiempo, ni escitado tanto interes, y no tenemos por qué avergonzarnos de ello: «Cuando se trata de fijar la suerte de los hijos naturales, dice un orador

frances, nada es mas difícil que conservar un justo equilibrio entre los derechos que les da su nacimiento, y las medidas que exige la necesidad de mantener la organizacion de las familias. Este parece ser el escollo en que hasta ahora se han estrellado todos los legisladores, exigiendo demasiado en favor del órden social ó descuidándolo demasiado.»

Por mi parte yo miro la discusion presente como una batalla campal entre el matrimonio y la prostitucion; y aunque la materia está agotada, y la Comision desea justamente poner término á la discusion, me ha de ser permitido, como autor de la base, esponer mis fundamentos, aunque no sea sino por bien parecer.

Cuando me decidí á proponer la base, objeto de esta discusion, no se me ocultaba que pasaria por rígido y severo á los ojos de algunos celibatarios con espolones, que sin la virtud necesaria para el voto de castidad, ni el valor bastante para arrostrar las cargas y molestias del matrimonio, se reservan tomar, cuando bien les plazca, el dulce nombre de padres, despues de haber gozado furtivamente, como seductores, y sin cuidarse en los mas casos de la víctima de su perfidia.

Pero llámese como se quiera, acháquese en buen hora á los sostenedores de la base la mania ó afectacion de ascetismo; en cuanto á mí, prefiero pasar por asceta, realzando la dignidad y privilegios del matrimonio, la moral pública y los intereses de la sociedad, á ser tenido por filósofo y hombre de mundo, *si corrumpere et corrumpi sæculum vocatur*, si se llama gran mundo el corromper y ser corrompido.

La suerte de los hijos ilegítimos ha sido siempre mejor en los Estados mas estragados y en momentos de mayor delirio: la historia de la legislacion Romana y Española atestigua esta verdad: el señor N. nos citó un ejemplo vivo en la República de Haiti; y yo añadiré que en el frenesí revolucionario de la Francia los hijos naturales fueron igualados con los legítimos, y se llamó por escarnio *faccion de los padres de familia* á la clase mas respetable y benemérita del Estado. Esta observacion me lleva naturalmente á otra, y es que la tendencia general de las sociedades modernas es hácia la moralidad y el decoro: ¿qué papa ni que rey casado se atreverán hoy á reconocer y hacer cardenales ó infantes á sus hijos sacrílegos ó adulterinos? ¿Podria hoy un cardenal de España formar una de las primeras grandezas en un hijo sacrílego, ó se atreveria un arzobispo de Toledo á colocar en la misma capilla dos magníficos sepulcros, uno para sí y otro para el fruto de sus relaciones criminales y escandalosas?

Habrá, si se quiere, las mismas debilidades, pero cubiertas con el velo del pudor, que sobrevive á la pérdida de la virtud; y el *qué dirán* es el último baluarte de la moral pública.

Sería, pues, no pequeña gloria para nuestra anómala revolucion

contrastar con la francesa y adelantarse á todos los Códigos modernos en esta carrera y tendencia general hácia la moralidad.

Yo respetaré á primera vista como simple argumento de autoridad el que se toma de los Códigos modernos; pero sin esclavizar por esto mi propio juicio: *omnia quæ nunc vetustissima creduntur, nova fuere; inveterascet hoc quoque*: y sin que sea presuncion de nuestra parte, si llegara á adoptarse la base, y consignarse en el nuevo Código, tendria tambien su fuerza de autoridad y se citaria como ejemplo; pues qué, señores, ¿el Código que ha de regir trece, y tal vez diez y ocho millones de españoles, no merecerá la atencion y estudio que nosotros prestamos á los de Cantones y Estados microscópicos?

Pero séame permitido oponer un ejemplo nacional á los estranjeros con que se nos arguye; en el Fuero Juzgo, á que habemos recurrido en mas de una ocasion, no se encuentra una sola ley, una sola palabra de hijos naturales; y la base que yo propongo estriba precisamente en este mismo silencio: *soli barbarorum una uxore contenti sunt;* dice Tácito de los Germanos nuestros antepasados.

Conviene tambien no olvidar que en esta materia de hijos habemos abolido por espíritu de moralidad una institucion antiquísima, á saber; la legitimacion por rescripto del príncipe, dando así á entender que no reconocemos el sello de la filiacion fuera del matrimonio.

Diráse tal vez que el invocar en apoyo de esta base la santidad del matrimonio, los fueros de la legitimidad, la moral pública y el órden social, resultado necesario del órden y distincion de las familias, son generalidades hueras, y cuando mas especiosas: al que tal diga, señores, yo no me esforzaré en convencerle, y menos en persuadirle; yo creeré siempre que en el matrimonio están encerradas la moral y la sociedad entera; que acercar ó alejar del matrimonio es acercar ó alejar de la moral y sociedad: mi conviccion en este punto es tan íntima y profunda que me ha sido y será siempre imposible sacrificarla á la autoridad y anatemas del Concilio de Trento.

Pero no me he decidido por solas estas consideraciones, aunque de órden muy elevado: he recorrido paso á paso la historia de la legislacion sobre hijos naturales desde la Romana hasta la ley de Toro, que es la vigente; y que, dada para resolver dudas de leyes anteriores, fué ella misma un manantial fecundo de nuevas y mayores dudas; las calidades ó requisitos de la filiacion están hoy en mayor oscuridad, y los derechos de sucesion (sobre todo en línea colateral) por lo menos tan embrollados como lo estaban antes.

El Código Frances, que tal vez se nos quiera proponer como modelo, ofrece tambien inconvenientes y aun contradicciones de no pequeño bulto.

En primer lugar no define con precision cuáles sean los hijos naturales, sino por contraposicion á los adulterinos é incestuosos; en segundo, no distingue entre la época de la concepcion y del parto; pero lo mas chocante es que en el artículo 535 niega el beneficio del reconomiento á los incestuosos y adulterinos, y en el 536 se les concede indirectamente, estableciendo que el padre pueda reconocer al hijo sin necesidad de indicar la madre.

La contradiccion era muy grave y palpable: sin embargo, uno solo de los oradores se atrevió á indicarla en la esposicion de los motivos; pero con embozo y con vergüenza, porque no hallaba razones bastantes para disculparla.

Tampoco le hallo yo claro y consiguiente en el punto de alimentos, pues que los concede indistintamente á todos los hijos ilegítimos, bien sean naturales, incestuosos ó adulterinos, y aunque en otra parte parece favorecer á los naturales, señalándoles una pequeña porcion en los bienes del padre, aun en concurso de hijos legítimos, se echa claramente de ver que no es sino una sustitucion de los alimentos: por manera que ni en esto, ni en el reconocimiento hay diferencia sustancial entre las diversas clases de ilegítimos, por mas que la ley proteste que la establece.

El sistema del señor N. adolece de estos inconvenientes, y yo encuentro difícil cortarlos fuera de la base que he propuesto.

Desde que se haga una clase ó especie de los hijos naturales, será preciso descender á las de adulterinos, sacrílegos é incestuosos, cuando la base encierra en su poderoso silencio una legislacion pura, sencilla y desembarazada.

Conviene tener en cuenta, señores, que, desterrada la investigacion de la paternidad, y descartado el estupro del Código penal, debemos sustituir algo que, sin los inconvenientes de aquellas medidas, sirva de freno ó pena al libertinage; y tal es el hacer imposible el nombre de verdadero padre sino dentro del matrimonio.

Fuera de este, todas las relaciones carnales entre hombre y muger son, por lo menos, ilícitas y culpables; y es regla de jurisprudencia universal que nadie puede adquirir un derecho ó mejorar su condicion á favor de una culpa suya: por esta puede incurrirse en responsabilidad y obligaciones, pero nunca se adquieren derechos ni acciones, y los derechos y obligaciones, señores, son siempre correlativos: por esto el señor N. halló mas consecuente la legislacion actual á pesar de sus imperfecciones; si el padre tiene derecho para reconocer, el hijo lo tiene para obligarle al reconocimiento.

¿Pero qué se hará cuando el hijo, justamente indignado por el largo

abandono en que le ha tenido el padre, ó en que todavia se encuentra su desgraciada madre, resista el tardío reconocimiento?

Igual resistencia puede haber cuando la riqueza ó elevacion del hijo aparezcan ser las causas impulsivas del reconocimiento; y nadie ha resuelto ni aun previsto estos y otros casos posibles de resistencia.

Responderé brevemente á las objeciones hechas en la penúltima sesion, segun me ayude mi débil memoria.

La inocencia de los hijos naturales; pero esta es igual en los adulterinos é incestuosos, aunque sus padres sean mas criminales ó culpables que los de aquellos. Yo creo que mi base es mas justa y liberal y mas favorable á la inocencia, pues que la respeta igualmente en todos los hijos, quitándoles toda traba é incapacidad especial por razon de nacimiento para adquirir entre vivos ó por última voluntad. El Código penal castigará en los padres el incesto ó el adulterio; el civil no hará mas que encerrar los efectos civiles de la paternidad y filiacion en el matrimonio para fomentarlo y premiarlo.

Se poblaran los caminos de bandoleros: esto no pasa de una piadosa declamacion; pero ademas es inexacto y desmentido por la esperiencia y la estadística judicial: no son por cierto los desgraciados de la inclusa quienes pueblan los caminos ó manchan los patíbulos; la educacion que se les da y el oficio que se les enseña los ponen en mejor camino: *por el trabajo nunca se fué al crimen*. Ademas este argumento haria necesaria la investigacion de la paternidad; pues mientras el reconocimiento sea voluntario, el bandoleraje seria inevitable.

(Trájose, y á mi entender infelizmente, el ejemplo de un Grande que ha casado con la viuda de quien hubo antes un hijo adulterino, y se dijo: si este hijo no puede ser reconocido, tal vez pretenda mañana por esposa á su hermana, hija del segundo matrimonio.)

(Hasta ahora, la ley no ha permitido tales reconocimientos, y no se ha oido de tales conflictos y escándalos: este argumento, como el anterior, nos conduciria á la investigacion de la paternidad, aun en el caso de incesto ó adulterio doble: de otro modo, ¿cómo evitar esta triste y exagerada posibilidad? La ley civil no quita los derechos de la sangre).

¿Y si la madre se ha casado ó desmoralizado?

Señores, en estos casos habrá una nueva culpa, una insigne perfidia, la mas negra y constante inmoralidad de parte del padre. La víctima de la seduccion, la muger que ha tenido la desgracia de ser madre fuera del matrimonio, nada desea tan ardientemente como reparar su falta y cubrir su deshonra con la dignidad de esposa de aquel á quien entregó su corazon y su cuerpo: si, por último, tiene que recurrir á otro

enlace, y si, lo que es infinitamente peor, se lanza en la carrera de la infamia, culpa será del seductor que la abandona: y de una nueva y mayor culpa no puede argüirse para título ó derecho.

Yo observo, señores, que en esta materia, los impugnadores de la base muestran una esquisita sensibilidad sobre la desgracia del hijo, y permanecen insensibles á la de la madre.

Se han invocado hasta las preocupaciones mas añejas, objeto hasta ahora de la mas cruda crítica. ¿Y si la *madre*, dijo el señor N., es *una tripera ó carnicera?*

Yo respondo que esto debió mirarse antes de llegar á la: que la reparacion de una falta es un deber moral y religioso; que la ley no debe tomar en consideracion un falso punto de honor, ó mas bien de vanidad; que no es la época actual muy oportuna para apelar á preocupaciones ó divisiones sociales que dificultan los matrimonios, multiplican los adulterios y fomentan la prostitucion: por último, que la ley no impone una pena, sino que limita un beneficio al que no ha querido ó no ha tenido valor y conciencia para gozarle.

Que los matrimonios no son raros, que este estado es respetado.

Y esto lo dice el señor N. en una Comision donde los padres de familia estamos en minoría, como lo estoy yo tambien en el Tribunal á que pertenezco!! El señor N. dijo muy bien *que la lógica de los hechos es irresistible.*

El matrimonio es honrado; yo he oido aquí alusiones muy picantes y sarcásticas sobre el santo y tutelar principio *pater est quem justæ nuptiæ demonstrant*: lo que he oido fuera, señores, yo me lo reservo, y me doy el parabien de que por decoro no se haya vertido en la discusion.

El Código Moscovita se acerca á la base, pero en Moscovia hace frio. Seguramente; y de paises frios vinieron los autores del Fuero Juzgo, en el que no se halla hecha mencion de hijos naturales al paso que se hallan las arras, el usufructo de la viuda, los gananciales y tantas otras galanterías favorables al matrimonio; la virtud y la libertad se aclimatan mejor en paises frios; y lo que malamente se llama *civilizacion* es casi siempre sinónimo de *corrupcion.*

Ascetismo; pase en buen hora, si por esto se entiende guerra á todo celibato: y yo asceta, Godo ó Moscovita, he de presentar al señor N. nuevas ocasiones de lucir su talento y elocuencia, pues que á su tiempo propondré, entre otras cosas, que ningun celibatario, mayor de 40 años, puede adquirir de estraños por donacion ó última voluntad. Mas ascética es la legislacion inglesa que no admite por inmoral la legitimacion por subsiguiente matrimonio, y tambien lo fué la Romana, limitándose á los hijos ya nacidos sin hacerla permanente.

Infanticidio: esto es pura declamacion dirigida á los espíritus asustadizos como el bandolerage: el señor N. sabe bien, como fiscal y como abogado, cuales son las causas de este crímen ó infortunio: jamás se cometió un infanticidio por la perspectiva de la suerte ulterior del recien nacido.

Habrá sentado un padre á su mesa al hijo; le habrá dado este dulce nombre y educado como tal; luego se cansa ó se casa, le arroja; y este infeliz callejero ¿no será protegido por las leyes para compeler al padre al cumplimiento de una obligacion natural? ¿En qué pais viviremos? Será preciso abandonarlo.

Siento tener que decir al señor N. que puede prepararse á la emigracion, porque precisamente puede suceder esto mismo en su sistema.

El padre podrá haber hecho todas las demostraciones indicadas; podrá haber tenido en su casa á la madre, antes del parto, en el parto y despues del parto; pero no habrá reconocido al hijo en la partida de bautismo ó en escritura pública; este hijo podrá ser luego *callejero*, y no encontrará proteccion en las leyes, porque el señor N. parece proscribir la investigacion de la paternidad.

Señores, seamos consecuentes; ¿á qué clamorear tanto sobre lo sagrado de la obligacion natural de los padres para con sus hijos naturales? ¿A qué tanta compasion hipócrita sobre la suerte de estos y dejar siempre al inocente con derecho á merced y al capricho del culpable obligado?

De mil hijos naturales apenas uno es reconocido, dijo el señor N.: luego hay 999 inocentes que lloran, y otros tantos culpables que se rien é insultan á la naturaleza y á las leyes.

Desagraviemos, pues, á la naturaleza, abriendo la puerta á las pruebas comunes segun la legislacion actual: los inconvenientes que se exageran en contrario, nunca pueden ser tantos como los del sistema que se nos propone fijar. Yo hallo consecuencia en las leyes y práctica del dia que dan al hambriento de la parábola del señor N. todos los medios de matar su hambre; la hallo en mi sistema, negando redondamente los efectos civiles á toda union ilícita: pero no en el sistema insidioso, inmoral y corruptor, que de un lado abre la puerta al reconocimiento de los adulterinos é incestuosos, y de otro deja en la desgracia á 999 inocentes de mil, y asegura el triunfo de otros tantos padres culpables é inhumanos, riéndose de la madre seducida y del hijo abandonado.

Esto solo se esplica por la razon de que somos los hombres los que hacemos las leyes.

Pero desde que existe un hijo natural reconocido, hay un hecho, y la ley no lo destruirá por su silencio.

Hay un hecho: ¿y quién lo niega? ¿Pero no lo hay igualmente en el adulterino ó incestuoso? ¿No podrá hoy una madre, en estremo tierna ó impudente, hacer bautizar con su apellido á un hijo incestuoso ó adulterino, alimentándole con la leche de sus pechos, con el jugo de sus entrañas? ¿Y qué efectos civiles en favor del hijo ó de la madre producirian hoy todos estos hechos? Igual caso puede ocurrir en el padre.

Pues bien: mi base iguala á todos, callando sobre todos.

No olvidemos, señores, la diferencia de hijos naturales por el concubinato Romano ó la barragania de las Partidas y los de hoy: entonces habia padres ciertos sin necesidad de reconocimiento; una sola muger retenida en casa, muchas veces con placer de sus parientes, y mediando escritura ó capitulaciones, como lo atestigua la célebre carta de Avila: hoy todo es furtivo y obra de la seduccion.

He respondido á las objecciones contra mi base; paso á examinar la contraria.

La base propuesta por el señor N... es inmoral é inhumana; inmoral, porque abre la puerta al reconocimiento de los hijos adulterinos é incestuosos, y de consiguiente, fomenta ó promueve el adulterio y el incesto.

El Código Frances prohibió el reconocimiento de estos hijos en su artículo 335, y lo permitió indirectamente en el 336.

La contradiccion era tan palmaria como enorme é insultante: ¿el escándalo podia ocultarse á los autores del Código?

Seguramente no; y sin embargo, de los tres oradores, cuyos discursos leemos en lo motivos de la ley, uno solo, Mr. Dureirier, se atrevió á tocarla como de soslayo y con vergüenza, «vale mas para la sociedad tolerar lo que ignora, que saber lo que debiera castigar:» estas son las únicas palabras, la sola miserable razon para escusar la contradiccion y cohonestar tanta inmoralidad.

El señor N..., que en un principio impugnó la base del señor N... con el fuego y brillantez que distinguen todos sus discursos, realzó la inmoralidad de la base y la gravedad del escándalo en los pueblos subalternos, donde no pueden ocultarse las relaciones criminales, ni de consiguiente que el hijo reconocido por el padre ó madre es adulterino y sacrílego é incestuoso.

Nuestra legislacion actual, aunque mas indulgente que mi base, está al menos exenta de tan visible rasgo de inmoralidad: el reconocimiento solo puede recaer sobre hijos de padres que, al haberlos, podian casarse justamente sin dispensacion; y esto se estableció, señores, en tiempos mas licenciosos y estragados.

La base, ademas de inmoral, es inhumana en cuanto hace al padre ó madre árbitrios del reconocimiento, negando al hijo todo otro medio de investigar y probar su filiacion.

Aquí es, Señores, donde yo apelo de nuevo á la esquisita sensibilidad, á la paternal solicitud del señor N... á favor de tantos seres inocentes y desgraciados: aquí es donde yo debo reproducir sus interesantes reflexiones y argumentos sobre lo sagrado de la obligacion natural de los padres.

Siento, señores, tener que repetirme: pero, ¿cómo no hacerlo, cuando vamos á decidir sobre un punto de tan alto interes para la moral y la naturaleza, para la familia y para la sociedad entera?

Si, como observó el señor N..., de 1000 hijos naturales, uno apenas es reconocido, quedan 999 desdichados sin apellido, sin familia, estranjeros á la sociedad en cuyo seno viven, sin otro patrimonio que el oprobio, sin ningun atractivo ni estímulo para la virtud.

Quedan otros 999 padres insultando á la náturaleza y á las leyes, haciendo nuevas víctimas de su seduccion en las mugeres y aumentando el número de hijos infelices con su brutal y escandalosa licencia.

¿Y las leyes no vendrán en socorro de la inocencia desgraciada y de la naturaleza ultrajada contra el padre culpable y desnaturalizado?

Proscripta la investigacion de la paternidad, es de presumir que se quiera todavia restringir el reconocimiento á la partida de bautismo, ó á una escritura pública, segun se establece en el Código Frances.

Podrá, pues, presentarse aún á la vista el cuadro que con tan vivos colores nos trazó en la última sesion el señor N...

El hijo habrá nacido de la soltera ó manceba única, que un celibatario, egoista y estragado, tuvo en su casa antes del parto, en el parto y despues del parto: habrá sido bautizado como hijo de aquella soltera y mantenido con la leche de sus pechos; habrá sido acariciado por el celibatario, sentado á su mesa, regalado en presencia de sus amigos con el dulcísimo nombre de hijo.

Si este mismo celibatario, embriagado de otra pasion, sustituye una manceba por otra, y arroja de casa á la madre y al hijo, ¿no ha de poder este implorar la proteccion de las leyes, tan solo porque el pérfido autor de sus dias omitió deliberadamente consignar el reconocimiento en un instrumento público?

Señores, la naturaleza y la razon, que son unas mismas en los paises frios y calientes, se sublevan á la vez contra tanta inmoralidad y barbarie.

Pero se dice, *¿la paternidad es un misterio impenetrable y que no se presta á pruebas materiales; ni puede haber otras legales que el sello público dentro del matrimonio, y fuera de él la voluntad solemne del padre?*

La voluntad puede espresarse y se espresa mas fuertemente con hechos que con palabras: puede espresarse por palabras simples, como

por escritura solemne; *y en cualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse, queda obligado.*

Por una presuncion severa, aunque saludable, y que es el fundamento de las familias, el marido es padre del hijo de su muger, salvas una ó dos escepciones; á favor de esta presuncion se endosa al marido un hijo adulterino, como se ha dicho aquí en tono un tantillo picante; ¿y no se han de admitir contra el celibatario corrompido é inhumano presunciones fundadas en hechos, en declaraciones verbales y en cartas privadas?

Esto seria estremadamente duro y favorecer la prostitucion mas que al matrimonio: el marido carga con un heredero forzoso; el celibatario con sola la obligacion de alimentos; y las presunciones tienen lugar en todos los casos obscuros y de difícil prueba, sobre todo tratándose de culpas ó delitos.

Conozco bien los inconvenientes que en contrario se exageran, pero son infinitamente menores que los que ofrece la legislacion vigente: será rarísimo el caso de que tenga que dar alimentos el que no es padre; por la base del señor N... quedarán sin ellos mil y mil verdaderos hijos.

A Códigos modernos opondré yo Códigos antiguos: *la moda entra en la legislacion como en todas las cosas; y se arguye de la inmoralidad para fomentarla, cuando deberia argüirse para reprimirla.*

En el Código penal se borrará el estupro simple del catálogo de los delitos, y yo convengo desde ahora en ello: si en el civil abrimos la puerta al reconocimiento de los hijos adulterinos, sacrilegos é incestuosos; si la cerramos á los naturales para probar su filiacion y reclamar alimentos de un padre despiadado, tendrán que agradecernos mucho la prostitucion y la inhumanidad; pero tendrán tambien que echarnos mucho en cara la moral y el matrimonio.

Concluyo, señores, y me resumo: *o mi base, ó la legislacion vigente, sin mas que aclarar la ley de Toro en cuanto á la forma del reconocimiento, y fijar la libertad de los padres para contraer matrimonio al tiempo de la concepcion del hijo, aunque sea con dispensa.*

Número 3 (1)

Veo, señores, que los godos del Norte somos mas galantes con las mugeres que los árabes del medio dia, así como lo eran los germanos de Tácito mas que los romanos. Los germanos ó godos que creian *inesse*

(1) Al artículo 156.

santum aliquid et providum in fœminis, nos trajeron la sociedad de gananciales, las arras y la base que es objeto de la discusion; cosas todas favorables á las mugeres y desconocidas en Derecho Romano. La base no es mas que la ley 8, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo, *patre mortuo, utriusque sexus conjunctio in matris potestate consistat, nisi ad alias nuptias forte transierit.*

Consiguiente á esto, se dispone en la ley 1, título 4, libro 4, que no se llama pupilo ó huérfano, sino al que ha perdido padre y madre; y lo que es mas, señores, yo no encuentro mencion, ni vestigio de la tutela testamentaria en el primero de los Códigos Españoles, ni aun en el Fuero Real.

No es esto decir que yo la rechace, ni que hayamos de pasar por lo dispuesto en aquellos Códigos; los cito solo para que se vea que la Seccion ha encontrado en ellos lo que se admira como nuevo, y un gran paso en la civilizacion en los modernos. El amor de las madres hácia sus hijos es por lo menos igual al de los padres; los deberes civiles y naturales de los hijos para con ellas no son menos santos y fuertes que los que los ligan con los segundos: creo que en esto nos hallamos todos de acuerdo.

Pero se objeta á las mugeres su debilidad é inesperiencia; se dice que todas las legislaciones han reconocido al padre por gefe de la sociedad doméstica, y con esto su superioridad sobre la muger; que nadie conoce mejor que él mismo el estado de su familia, y la actitud moral é intelectual de su muger.

En la sociedad doméstica, á la par que en todas, no puede haber sino un gefe ó cabeza: esto es una necesidad; ¿y quién debia y podia serlo sino el padre mientras viviese? El hombre, que, realmente hablando, tiene mas fuerza física; ademas los legisladores eran hombres; aun sin esto, el decoro del sexo exagerado por los celos mismos del hombre, sus achaques durante la preñez, sus deberes de maternidad, hacian necesaria esta preferencia por el hombre.

¿Pero se sigue de aquí que el hombre, aun despues de muerto y disuelta la sociedad en cuanto á él, haya de continuar siendo gefe de ella por medio de un delegado estraño con esclusion del que está designado por la naturaleza para reemplazarle? Yo no hallo legítima ni natural la consecuencia, y admitida podria llevarnos á otras muy estremadas, como la sustitucion pupilar en su rigoroso sentido: la madre tiene sus derechos; las razones, que los han tenido en suspenso mientras vivió el padre, han desaparecido con su muerte.

Contra la debilidad, inesperiencia é incapacidad del sexo, diré yo, que mas de una vez no le encontramos tan débil como querríamos, y como nosotros mismos lo somos; que las facultades intelectuales son

iguales en ambos sexos, y por lo comun el primer golpe de vista de las mugeres es mas fino, mas penetrante y seguro; que las leyes reconocen la capacidad de todas las mugeres para administrar lo suyo, y aun la de las casadas en los bienes parafernales; que reconocen la de la madre y abuela en la tutela legítima con esclusion de los abuelos; que si en efecto resultara incapacidad ó inesperiencia de parte de la muger, seria ordinariamente culpa del marido, que no le habria dado en el gobierno y negocios de la familia toda la participacion debida; que el amor materno es mas vivo é ingenioso, y apelaria en caso necesario al consejo ageno; que las mugeres son mas económicas; y segun la espresion de nuestras leyes, mas *avariciosas y codiciosas*. Señores, aquí no se trata sino del cuidado de los hijos y de la administracion de sus bienes, no de negocios públicos; y hasta en política se ha observado que los reinados de las hembras han sido mas felices.

El señor N. (si mal no recuerdo) hizo valer otro argumento. Podrá haber casos (dijo) en que el padre tenga motivos graves, y cuya no revelacion interese al honor de la familia, para escluir á la madre de la tutela de los hijos: en una palabra, que la madre sea viciosa.

¿Pero no hay tambien padres viciosos, y no suele ser este el caso mas frecuente? ¿No es cierto que el orgullo de los hombres quiere hacer patrimonio suyo esclusivo el valor y el génio, dejando á cargo de las mugeres la virtud que ellos mismos no tienen? Yo he visto mayor número de familias arruinadas por los vicios y disipacion de los padres que de las madres, y nadie ha pensado en arrancar por esto solo la patria potestad á los primeros.

Hay casos de tanta gravedad, en que hasta el mismo padre la pierde: claro es que en ellos la perderá tambien la madre. La ley establecerá causas generales de remocion, y alguna particular para la madre en este y otros casos, si tiene la desgracia de volver á ser madre por su incontinencia, ó si ha dado causa al divorcio. Fuera de estos casos públicos, la ley, respetando el secreto de las familias, no debe ver sino la madre de sus hijos, la que enviudó en la compañía y casa de su marido. Triste será para este algun caso escepcional; pero las leyes no se hacen para escepciones: la misma tristeza puede caber y mas frecuentemente á la madre que premuere dejando un marido vicioso, y, aun cuando no lo sea, llevándose el desconsuelo de que sus hijos pasarán á manos de una madrastra.

Si reconocemos al padre el derecho que le da la *adiccion*, habremos de reconocer todas sus consecuencias, y sancionar sus abusos: un marido tirano de su muger podrá llevar su odio y tiranía hasta privarla de la tutela; y esto es intolerable: si damos tanto á la presuncion del buen juicio paterno, démosle la absoluta libertad de disponer de sus

bienes, y de sustituir pupilarmente: ¿por qué admitir en una parte y rechazar en otra el famoso *uti legassit de pecunia tutelave* de los Romanos?

Voto, pues, contra la adiccion en su primera parte ó la relativa á facultar al padre para dejar sin efecto por su simple voluntad la disposicion de la base, y admito la segunda que, aun cuando no se espresara, se sobre-entenderá tácitamente, porque no hay base ó disposicion general tan absoluta que no se preste á escepciones.

Mas para que la Seccion pueda dar el conveniente desarrollo y aplicacion á esta parte de la enmienda, no estaria por demas que los señores que la sostienen desenvolviesen su espíritu, indicando general ó concretamente los casos, en que á su juicio deba tener lugar, si son los arriba indicados, ó cuando la misma madre sea menor de edad.

Esta base pasó sin oposicion, y casi sin discusion en el Código Frances, artículos 372, 373 y 390.

Sesion de 10 de noviembre de 1843.